

La Formation du Mariage en Droit Biblique et Talmudique

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 29 Mai 1935 à 14 heures

PAR

L. Ahouva MANGEL

Jury de la Thèse :

Président : M. LE BRAS, Professeur

Suffragants : { M. OLIVIER-MARTIN, Professeur
 { M. PETOT, Professeur

LIBRAIRIE L. RODSTEIN

17, Rue Cujas, 17

PARIS (V°)

1935

La Formation du Mariage en Droit Biblique et Talmudique

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 29 Mai 1935 à 14 heures

PAR

L. Ahouva MANGEL

Jury de la Thèse :

Président : M. LE BRAS, Professeur

Suffragants : { M. OLIVIER-MARTIN, Professeur
 { M. PETOT, Professeur

LIBRAIRIE L. RODSTEIN

17, Rue Cujas, 17

PARIS (V^e)

1935



La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

Les cinq premiers livres de l'Ancien Testament, ainsi que, dans une mesure plus restreinte, le reste de la Bible, constituent la loi écrite des Hébreux.

Pour la tradition juive, le Pentateuque forme un recueil unique et complet, écrit par Moïse sous la dictée de Dieu. Le terme de « Thora » par lequel les Juifs désignent le Pentateuque, signifie instruction ou législation révélée.

La critique moderne a définitivement abandonné la conception traditionnelle, qui fait de Moïse l'auteur du Pentateuque.

Sans entrer dans les détails de la science exégétique, rappelons simplement que l'on s'accorde généralement aujourd'hui à distinguer dans le Pentateuque quatre documents anonymes. Ces quatre documents constituent les quatre sources dont s'était servi le rédacteur final du Pentateuque.

Les deux plus anciens de ces documents portent un cachet populaire et sont essentiellement narratifs. L'un des deux, le Jahviste, est né dans le royaume de Juda et date du ix^e siècle avant J.-C. Il doit son nom au fait qu'il emploie le nom de Jahvé. L'autre, l'Elohiste, provient du royaume d'Israël ou des Dix Tribus et date du viii^e siècle. Il est ainsi appelé parce que la divinité y est désignée du nom d'Elohim.

La combinaison des documents Jahviste et Elohiste était déjà effectuée, lorsqu'apparut la troisième source du Penta-

teuque, appelée Deutéronomiste. A la différence des autres, la source Deutéronomiste a un caractère législatif et réformateur, et procède d'un milieu lettré. La date de sa composition et de sa réunion aux documents antérieurs est fixée par la Critique en l'an 621, sous le règne de Josias, roi de Juda.

La quatrième source, enfin, la plus tardive, est un document sacerdotal. Il a pris naissance dans la société théocratique et contient les lois relatives aux prêtres et au culte des sacrifices. Sa composition est rattachée au nom d'Esdras et date du ^v^e siècle avant Jésus-Christ (1).

Outre la loi écrite, les Juifs ont, dès les temps les plus reculés, reconnu une loi orale. L'interprétation de la loi écrite était livrée à la mémoire et se transmettait de bouche en bouche. Une tradition orale se développe toujours, par la force même des choses, en marge de loi écrite ; soit que le commandement écrit demande l'explication détaillée pour être bien compris et pour pouvoir être pratiqué, soit qu'il arrive un moment où son application littérale ne soit plus en rapport avec des nouvelles manières de sentir et de penser. Et toujours cette tradition orale a prétendu à la domination et à la direction des consciences. Ce fait éclate surtout dans l'histoire des peuples, dont la révélation est à la fois, comme le mosaïsme, une religion et une législation.

La loi orale était née avec la restauration de la vie religieuse et nationale des Hébreux après leur retour de l'exil babylonien. C'est au ^{vi}^e siècle avant l'ère chrétienne, après que Cyrus eût permis aux Judéens de retourner en Pales-

(1) Voir : L. GAUTHIER, *Introduction à l'Ancien Testament*, T. I, Lausanne, 1914. — A. LODS, *Israël, des origines au milieu du ^{viii}^e siècle*, Paris, 1930.

tine, et à l'époque où ce peuple eut pour guides Esdras et Néhémie, qu'il faut situer les origines lointaines de l'œuvre talmudique. Esdras fut le véritable restaurateur de la loi écrite. (La Tradition lui attribue même la rédaction définitive du canon biblique). Il forma une école qui s'appliqua à établir le texte de la Bible, à en fixer le sens et à le propager dans le peuple; tâche bien difficile, si l'on songe que les Judéens rentrés dans leur pays non seulement ne connaissaient pas leur Bible, mais d'après la plupart des auteurs, ne comprenaient même plus leur langue nationale. Esdras, ses disciples et leurs successeurs, qu'on désigne par le nom de « Sopherim » (hommes du Livre, commentateurs de la Loi), procédèrent à la rééducation du peuple au moyen de lectures publiques de la Bible traduite en araméen et accompagnées d'explications, de commentaires et de paraphrases. Cette lecture de la loi avait lieu toutes les semaines, les jours de fêtes, les samedis et les jours de marchés, afin que les gens de la campagne puissent, en s'y rendant, profiter de cet enseignement. En même temps qu'on l'expliquait, on faisait des sermons sur le texte biblique, on l'illustrait d'anecdotes et de paraboles, dont un grand nombre s'est conservé pour constituer plus tard cette partie du Talmud que l'on désigne sous le nom de « Hagada » (légende).

Les Sopherim ne se bornèrent pas uniquement à l'enseignement et à l'explication de la loi; ils s'efforcèrent aussi de la rendre applicable. En effet, d'un côté, les circonstances en vue desquelles certains préceptes bibliques avaient été édictés, ayant totalement changé, il fallait les adapter à la nouvelle situation; de l'autre, ces nouvelles circonstances ayant fait naître le besoin de prescriptions nouvelles, il fallait pour conférer à ces dernières l'autorité et le crédit nécessaires, leur trouver un fondement dans les textes

anciens. Le Pentateuque passait pour être la seule source légale de la loi. Pour former une nouvelle institution juridique, de nouvelles prescriptions, on cherchait un appui dans le texte de l'Écriture, dans le Pentateuque, parfois même dans d'autres livres bibliques. Les Sopherim et les docteurs talmudiques qui leur succédèrent, sentaient bien qu'ils faisaient du Droit nouveau, mais jamais ils ne voulurent le reconnaître ni s'écarter complètement de la loi écrite. Certaines de ces prescriptions nouvelles, à défaut d'appui dans le texte sacré, tirèrent leur autorité de ce qu'elles auraient été communiquées à Moïse sur le Sinaï, sans cependant avoir été écrites.

Ces prescriptions nouvelles qui sont des commentaires, des applications ou des conséquences des traditions mosaïques écrites, rentrent dans cette partie du Talmud que l'on décrit sous le nom de « Halakha » (2).

L'expansion de l'hellénisme en Orient n'est pas resté sans influence sur le monde juif, plongé dans l'étude de la Loi. Les docteurs du Talmud, redoutant l'influence de la civilisation nouvelle, établirent « une haie autour de la Loi » ; ils entourèrent le Pentateuque d'une barrière de minutieuses précautions, en multipliant à l'infini les prescriptions religieuses, afin de préserver le peuple du contact avec le monde étranger et ses doctrines. Cette masse touffue de prescriptions et de traditions fera peu à peu perdre l'objet protégé : le Pentateuque.

On ne se contenta plus de l'enseignement qui avait été laissé à la libre initiative des docteurs des écoles ; on créa un corps officiel, sorte de Conseil d'Etat dont les pouvoirs

(2) Règles générales ou traditionnelles et leurs commentaires.

s'étendaient, selon les époques, aux domaines religieux, législatifs et exécutifs, et qu'on appela du nom grec de « Sanhedrin ». Le Conseil, composé de soixante-et-onze docteurs, avait à sa tête un président qui portait le titre de « Nassi » (prince), et un vice-président.

Hillet et Schamaï (1^{er} siècle avant J.-C.), créateurs de deux écoles talmudiques les plus célèbres, appartenaient à ce tribunal. En plus de sa compétence civile et criminelle, le Sanhedrin avait le contrôle suprême de la doctrine et de la jurisprudence. Dépositaire légal de la tradition, il avait le pouvoir de déterminer la valeur d'une tradition, d'introduire de nouvelles prescriptions et d'affermir les anciennes.

Après la destruction du deuxième Temple (en l'an 70 après J.-C.) et la chute de Jérusalem, le siège du Sanhedrin fut transféré à Jabné.

Les désastres politiques n'ont jamais provoqué en Israël l'abandon de l'étude et de l'enseignement. Plus il souffre de persécutions, plus il s'enfonce dans l'étude de la Loi, plus il épaissit la haie autour de cette Loi. Pourchassés d'une ville à l'autre, les membres du Sanhedrin changèrent plusieurs fois de résidence pour se fixer finalement à Tibériade. Le christianisme naquit et se développa sous leurs yeux, ils s'en inquiétèrent fort peu. Le monde romain commença à s'ébranler, ils ne le sentirent pas. Ils répétaient la Loi; ils enseignaient la Thora.

C'est une période nouvelle, dite des Tannaïm (3) qui, inaugurée au 1^{er} siècle avant J.-C., se prolongea jusqu'à la rédaction définitive de la Mischna, à la fin du II^e siècle de notre ère. Avec eux s'achève le développement de la loi orale. Au début du III^e siècle, celle-ci se compose: 1^o de traditions

(3) Docteurs cités dans la Mischna.

transmises oralement, qu'on attribue à Moïse lui-même; 2° de prescriptions édictées par les Sopherim et leurs successeurs; 3° de discussions et de décisions des Tannaïm des écoles palestiniennes.

Jusqu'à sa rédaction par le patriarche Juda le Saint, la tradition se transmettait principalement par la voie orale durant plusieurs siècles. Cette transmission orale pourrait peut-être s'expliquer par l'interdiction générale de consigner par écrits la loi orale, interdiction qui se justifiait probablement par la nécessité de maintenir l'unité de l'interprétation (4). Comme il n'y avait pas de législateur unique, si chaque docteur avait le droit de consigner ses décisions par écrit, il en serait résulté une grande diversité de textes sur la même matière et chaque région aurait appliqué les textes tenus en honneur par ses docteurs. La diversité dans l'interprétation orale présentait moins d'inconvénients parce qu'il lui manquait ce caractère permanent qui est propre à l'écrit, et parce que, à une époque où l'art d'écrire n'est pas très répandu, la chose écrite est entourée d'un grand respect et se prête par conséquent moins facilement aux rectifications et aux réformes (5).

Mais, d'une part, la loi orale s'enrichissait toujours de nouvelles décisions, de discussions et de conflits d'opinions fidèlement conservés dans la mémoire des maîtres et des disciples et transmis aux générations suivantes; d'autre

(4) On peut toutefois supposer que l'interdiction ne s'appliquait qu'à l'usage public des écrits et que les docteurs se servaient souvent de l'écriture pour consigner certaines parties de la tradition sur des rouleaux, destinés à leur usage strictement personnel pour leur faciliter le travail de la mémoire.

(5) STRACK, *Einleitung in den Talmud*, p. 15.

part, toute coordination ou systématisation de la matière enseignée faisant défaut, il devint bientôt trop difficile, sinon impossible, de retenir et de conserver uniquement par la mémoire toute cette œuvre immense des docteurs de la Loi.

Vers la fin du ¹^{er} siècle de notre ère, R. Juda le Saint, voyant la tradition disparaître de jour en jour, entreprit le grand travail de codification de la loi orale en prenant pour base les compilations faites par certains de ses prédécesseurs.

On attribue généralement au même R. Juda, la rédaction de la Mischna; toutefois la question est très discutée, certains auteurs (6) soutenant que R. Juda n'avait fait qu'une compilation orale de la tradition.

Quoi qu'il en soit, il existe dès le 3^e siècle de notre ère, une compilation (orale ou écrite) de la loi orale, appelée Mischna. Elle se divise en six ordres (sedarim):

- 1° Zeraïm (des semences) — lois concernant la dîme due aux prêtres, aux lévites et aux pauvres.
- 2° Moëd (des fêtes) — diverses observances applicables à ces jours.
- 3° Naschim (des femmes) — droit matrimonial.
- 4° Nezikin (des dommages) — législation civile et criminelle.
- 5° Kodashim (des saintetés) — lois des sacrifices et autres objets saints.
- 6° Tohoroth (des puretés) — lois relatives à la pureté et à la purification.

Chacun de ces ordres se subdivise en traités (massekhtot); chaque traité en chapitres (perakim); chaque chapitre en articles (mischnayot).

(6) Luzzato, Graetz, L. Loew.

La Mischna est rédigée en hébreu, dans un style clair et facile à comprendre. Mais comme tous les livres qui énoncent des principes législatifs, elle a dû exprimer ses décisions sous une forme concise et en quelque sorte axiomatique, dont tout le monde pouvait ne pas saisir le sens. Aussi le besoin se fit-il sentir d'expliquer par des commentaires, soit le principe posé, soit l'intention précise de ceux qui l'avait établi.

Les écoles ne se sont pas arrêtées au texte fixé par R. Juda, le rédacteur, ou plutôt le compilateur de la Mischna, mais l'ont pris pour point de départ. La Mischna, en effet, ne pouvait être considérée comme un texte définitif. Si elle reproduit les décisions antérieures, c'est d'ordinaire sans en indiquer la source; parfois elle ajoute le nom de leur auteur, mais c'est pour lui opposer l'avis contraire d'une autre autorité; et dans ce cas, si quelquefois elle décide entre les deux opinions, le plus souvent elle ne se prononce pas. Il fallait donc reprendre l'ancien travail, achever les discussions commencées, trancher les points en litige et chercher des solutions pour les cas nouveaux. Ce fut l'œuvre des Amoraïm.

Ce que le Pentateuque avait été jusqu'alors pour les Sopherim et les Tannaïm, la Mischna le fut maintenant pour les Amoraïm (7). Ils la commentent, la discutent; souvent ils lui opposent une Tossephta ou une Beraïta, c'est-à-

(7) Ce nom désigne les docteurs de la Loi qui ont vécu après la rédaction de la Mischna, en Palestine, du III^e jusqu'au milieu du IV^e siècle, et en Babylonie, du III^e jusqu'au V^e siècle, et qui sont les auteurs du Talmud au sens restreint du mot. Le terme de Talmud, au sens large du mot, comprend l'ensemble de la Mischna et de l'œuvre des Amoraïm, cette dernière étant désignée dans les éditions du Talmud par le terme de « Ghemara ».

dire des sentences des docteurs contemporains ou antérieurs au rédacteur de la Mischna, qui au lieu d'être insérées dans cette Mischna, en ont été exclues sciemment ou non par R. Juda le nassi et recueillies par d'autres docteurs.

Sur la terre babylonienne, les écoles talmudiques se multiplient et commencent à se combattre. Chacun fait un large usage du principe de la liberté d'interprétation et il n'y a plus d'autorité souveraine qui, comme le Sanhédrin, décide en dernier ressort.

De même que la loi orale auparavant, les commentaires et les discussions sur la Mischna se transmettaient de générations en générations avec les altérations que laisse supposer un tel mode d'enseignement.

Ce sont ces commentaires et ces discussions des Amoraïm qui constituent le Talmud au sens étroit du mot. Ce corps étendu des doctrines fut développé simultanément à l'Est et à l'Ouest. Chez les uns, il reçut le titre de « Talmud de Jérusalem », quoique rédigé à Tibériade; c'était le produit des écoles palestiniennes. Chez les autres, on l'appela « Talmud de Babylone ». La supériorité que les écoles de Babylone acquirent bientôt sur celles la Palestine, assura dans le Diaspora l'autorité du Talmud babylonien. Il est le plus connu, le plus étudié et renferme plus de caustique et de scolastique (pilpoul).

L'œuvre de rédaction du Talmud babylonien, commencée par R. Aschi, Rabina et leurs successeurs, fut achevée par les docteurs du ^{vi}^e siècle appelés « Saboraïm », qui se contentaient de préciser certains points (8).

(8) Aux Saboraïm succèdent les Gaonim, les chefs des écoles de Soura et de Poumbedita du ^{vii}^e jusqu'au ^{xi}^e siècle.

La Mischna et les deux Talmud renferment donc les discussions, les controverses et les décisions des écoles de Palestine et de Babylonie.

A la différence de la Mischna, qui est un ouvrage composé suivant une certaine méthode, le Talmud, lui, n'est en quelque sorte, qu'un compte rendu sténographique des discussions des docteurs. On y trouve mêlées, ou figurant côte à côte sans méthode, la partie parabolique, Hagada et la partie dogmatique, Halakha. Malgré sa division logique en ordres, traités, chapitres, on trouve souvent à l'intérieur de ces divisions des matières totalement étrangères les unes aux autres. Les discussions sur les sujets les plus importants voisinent avec les récits de divers incidents de la vie quotidienne, que se racontent les docteurs qui viennent de toutes les classes de la société et exercent souvent les métiers les plus humbles.

Aussi la compilation talmudique manque-t-elle souvent de cohérence. Mais si l'on songeait au lourd fardeau que constituait pour la mémoire cette science immense au temps où elle n'avait pas encore reçu de rédaction écrite, on comprendrait que les docteurs aient trouvé souvent utile de rapprocher, au cours de leurs discussions, pour des raisons de mnémotechnique, des questions présentant au moins un point commun, quoique différant à tous les autres points de vue.

Si l'on considère aussi le fait que le Talmud n'est pas un code divisé en titres et paragraphes, dans lequel chaque phrase a une valeur absolue, qu'il présente le plus souvent le caractère d'une salle de discussions ou d'une collection de procès-verbaux, on trouvera naturel que dans le débat se glissent parfois des remarques, des arguments, des rapprochements étrangers à l'objet immédiat de la discussion.

Le Talmud n'est donc pas un enseignement *ex cathedra*.

Il rapporte toutes les opinions, simplement, sans parti pris, sans la moindre parole de blâme contre les dissidents. Aussi sa lecture est-elle plus vivante et présente un attrait que n'offre pas un recueil de lois tel par exemple qu'un code moderne.

Pendant longtemps, la question de la validité de cette loi orale, toujours en formation, ne se posait pas. La tradition orale avait l'autorité d'un droit coutumier. Mais à partir de l'époque où commencent à se répandre les idées des Sadducéens « qui trouvent avec leur désinvolture de gens du monde, qu'il y en avait bien assez à observer dans la Loi (écrite), niaient qu'il y eût rien d'obligatoire en dehors des livres de Moïse » et refusaient de reconnaître l'autorité de la loi orale et traditionnelle ; à partir de ce moment tous les efforts des docteurs de la Loi devaient tendre à placer la tradition orale sous la protection de l'Écriture. Dans cette tâche, l'interprétation simple et naturelle du texte (Peschat) n'était pas toujours suffisante, il fallait avoir recours à des méthodes plus artificielles d'interprétation (Derasch), qui n'étaient pas sans exercer une certaine violence sur le texte biblique. Afin de fournir à la loi traditionnelle une base et un support dans la loi écrite, les docteurs ne reculent devant aucun moyen : ils attribuent au texte un sens qui lui est étranger, ils altèrent les mots, ils font des jeux de mots incroyables. Renan blâme sévèrement ce procédé : « La fausse critique du temps mettait la tradition sur le même pied que le texte sacré. On croyait être conservateur ; on était en réalité corrupteur du vieux texte... Ne rien changer était l'idéal qu'on poursuivait. On ne s'apercevait pas que de plus en plus on s'éloignait du vieil esprit et qu'on arrivait à comprendre de moins en moins les anciens textes » (9).

(9) *Histoire du peuple d'Israël*, T. V, page 315.

Il faut noter que l'herméneutique du Talmud, tendant à rattacher à la lettre du texte biblique ce qui n'est peut-être pas toujours dans son esprit, est souvent sans fondement. Pourtant, elle n'est pas, comme on le croit souvent, tout à fait arbitraire. Elle est subordonnée à certaines règles de logique et de déduction, appelées « Midoth », qui indiquent la façon dont on doit interpréter la loi écrite, règles qu'il faut connaître pour pouvoir apprécier cette interprétation (10).

En dehors de ces règles de raisonnement, qui varient elles-mêmes suivant les époques, on ne rencontre dans les écoles talmudiques aucune entrave à la liberté d'interprétation. Chacun conserve le droit d'avoir et d'émettre son opinion dans l'examen et la discussion, aussi bien dans le domaine des croyances religieuses que dans celui de la loi.

Le docteur de la loi ne se présente pas au peuple comme autrefois le prophète, au nom de la divinité, on n'attribue pas à son opinion une valeur surnaturelle et on ne l'impose à personne.

Les talmudistes, en effet, accordent une si forte suprématie à la raison, qu'ils n'admettent même pas que l'on puisse, par un miracle, leur imposer silence. « Un miracle,

(10) Nous ne citons qu'à titre d'exemple les sept Midoth (règles) de Hillel (vers 30 avant J.-C.) et nous nous hâtons d'ajouter que l'herméneutique talmudique en connaissait plusieurs autres.

1° Kal va homer — déductions *a minori ad maius*. (Déduction de ce qui est moins important à ce qui est plus important et vice-versa).

3° Binyan ab mikatoub ehad — généralisation d'une mesure spéciale unique.

4° Binyan ab mischné khetoubim — généralisation de deux mesures spéciales.

5° Klal ou-phrat — induction et déduction.

6° Kayotzé bo memakon aher — analogie tirée d'un passage différent.

7° Dabar ha-lamed meinyano — explication à l'aide du contexte.

disent-ils, ne suffit pas pour démontrer même une vérité ». Voici à l'appui la légende suivante (11) :

Une grave question de doctrine s'était élevée entre R. Eliézer et ses collègues sur l'application de la loi aux choses pures et impures. Tous les arguments présentés par R. Eliézer en faveur de son opinion avaient été repoussés : « Si la raison est de mon côté, s'écrie enfin le docteur avec indignation, que « cette plante de caroubier qui est là près de nous en soit la preuve ». Aussitôt la plante s'arrache à ses racines et se transporte du côté opposé. « Qu'importe ce prodige ? s'écrient ensemble les docteurs, et que prouve ce caroubier dans la question qui nous divise ? »

Eh bien, reprend R. Eliézer, « que ce ruisseau qui coule près de nous démontre la vérité de mon opinion » ! Et soudain, ô merveille ! les eaux du ruisseau remontent vers leur source. « Qu'importe, s'écrient de nouveau les autres docteurs, que les eaux de ce ruisseau s'écoulent par en bas ou en haut ? Il n'en résulte aucune preuve pour notre discussion. » — « Que les murs de cette salle, dit R. Eliézer, soient donc mes témions et mes preuves ! » Et aussitôt les colonnes se courbent et menacent ruines. « O murailles, s'écrie alors R. Josué, lorsque les sages discutent sur l'interprétation de la loi, qu'avez-vous à faire là-dedans ? » Et les murailles s'arrêtent dans leur chute, contenues par la voix austère du docteur respecté. « Que la voix de Dieu prononce donc entre nous ! » dit R. Eliézer. Et, en effet, une voix céleste se fait entendre dans les hauteurs, disant : « Cessez de contredire R. Eliézer ; la raison est de son côté ». Mais R. Josué se lève, et protestant contre la voix mystérieuse, il s'écrie : « Non, la

(11) *Baba Metzia*, 59 b.

Thora n'est plus cachée dans le ciel; elle a été donnée à la terre, et c'est à la raison humaine qu'il appartient de la comprendre et de l'interpréter; ce ne sont plus des voix mystérieuses, c'est la majorité des sages qui, seule, doit décider désormais les questions de doctrine.

Ainsi, pour les docteurs du Talmud, la période miraculeuse est close; le raisonnement remplace l'inspiration divine; le commentaire, livré à la libre interprétation des rabbins, supplée à la loi révélée.

C'est dans un esprit de parfaite tolérance que le Talmud rapporte avec soin les opinions individuelles, même lorsqu'elles ont été repoussées par la majorité des docteurs, afin de laisser à chacun le droit de rechercher ce qui lui paraît de plus vrai dans les assertions contradictoires des docteurs.

En principe, c'est la majorité des voix qui décide du résultat de la discussion. La Mischna, chaque fois qu'elle rapporte plusieurs avis différents, met en général en dernier lieu celui qui doit l'emporter et être considéré comme Halakha. Le Talmud n'indique pas toujours d'après qui est la Halakha, c'est-à-dire laquelle des opinions doit être suivie. De ce fait, le droit positif qu'il enseigne avec tant de détails et avec un examen si minutieux de divers aspects d'un problème, manque dans le Talmud souvent de clarté et de certitude.

Cette circonstance a déterminé les docteurs et savants du moyen-âge à reprendre le travail législatif du Talmud afin d'éclaircir tous les points sur lesquels régnait encore l'incertitude, et afin de former de la compilation talmudique, trop vaste et difficile à consulter, des codes ou extraits codifiés à l'usage de la pratique. Les plus importants et les plus connus de ces ouvrages sont les suivants :

1° Les extraits talmudique et post-talmudiques d'Alfasi, du ^{xr} siècle, qui résument le Talmud et laissent de côté tout

ce qui ne se rapporte pas étroitement à la discussion juridique.

2° Le Mischné Tora (seconde loi) de Maïmonide, du xii^e siècle, qui est un véritable code systématique embrassant tous les matériaux du ritualisme et de la législation hébraïques.

3° Le Sepher ha-mitzvoth (livre des Préceptes) de Moïse de Coucy, du xiii^e siècle.

4° L'ouvrage d'Ascher du xiv^e siècle qui contient également les observations des commentateurs français du Talmud (Raschi).

5° Arbaa Tourim (les quatre livres) de Jacob fils d'Ascher, qui est un recueil des lois religieuses et civiles auxquelles doivent encore se conformer les Israélites depuis leur dispersion.

6° Schoulhan aroukh (La Table dressée) de Joseph Caro du xvi^e siècle, qui est un commentaire et un résumé du précédent. Ce dernier a joui à travers les âges et jusqu'à nos jours d'une très grande autorité.

Il est indispensable de consulter ces ouvrages, de les comparer entre eux, lorsqu'on veut se faire une idée exacte du droit positif talmudique sur une question déterminée. Nous aurons souvent recours à ces auxiliaires dans nos développements ultérieurs. Nous citerons en particulier E. H. Eben Haézer (pierre de soutien) qui est la troisième partie du Schoulhan Aroukh, et qui traite du droit matrimonial; le code de Maïmonide (Maïm.) qui est divisé en 14 livres dont le quatrième, appelé « Sepher Naschim », (le livre des femmes) est consacré à la législation matrimoniale.

Aucun ouvrage n'avait une histoire aussi mouvementée que le Talmud. Admiré par les uns, méprisé et persécuté par les autres, il a fait preuve d'une résistance peu commune.

En 553, tout de suite après sa rédaction, il a été interdit par Justinien dans une novelle spéciale, et pendant mille ans les pouvoirs temporels et spirituels continuèrent à le poursuivre et à lancer contre lui des ordonnances et des bulles d'extermination.

Ce n'est qu'en 1520 que le Pape Léon X révoqua les bulles émises par ses prédécesseurs contre le Talmud, et permit son impression. La première impression a été réalisée à Venise par Daniel Bomberg (1517-1549). Pendant la deuxième moitié du xvr^e siècle, le Talmud fut brûlé six fois, et disparut totalement de l'Italie. A la même époque apparurent de nouvelles éditions en Pologne et en Turquie.

La frayeur que le Talmud inspirait était si grande que Pie IV lui-même, tout en autorisant son impression en 1564, la soumit au contrôle rigoureux de la censure et stipula expressément qu'il serait publié sans le titre de « Talmud ». Cette tolérance même s'éteint avec la mort de Pie IV. L'édition suivante a lieu à Bâle (1578-1581). Elle est connue par ses mutilations multiples, des changements et des suppressions dues, les unes, à la censure qui expurgea le texte talmudique de tout ce qui pouvait blesser la foi des chrétiens, les autres, à l'intervention juive inspirée par la crainte des persécutions.

Depuis ces temps, de nombreuses éditions du Talmud ont paru dans presque tous les pays d'Europe, mais la plupart sont copiées sur l'édition censurée de Bâle.

CONSIDERATIONS SUR LE MARIAGE AUX EPOQUES BIBLIQUE ET TALMUDIQUE

Dans l'examen des sources bibliques et talmudiques une distinction doit être faite entre les lois proprement dite et les doctrines ou les préceptes moraux, entre le droit pur et la religion ou la morale.

Dans la Bible, les lois se trouvent, à l'état sporadique, dans les 2^e, 3^e, 4^e et 5^e livres du Pentateuque. Elles sont promulguées au nom de Dieu et tirent leur autorité de cette origine divine. De ce fait il résulte que même la partie législative de l'Ecriture est souvent entremêlée de morale et de religion.

La distinction est plus nette dans le Talmud. Là, en effet, la « Halakha » constitue la partie législative, juridique, et la « Hagada » l'enseignement éthique.

Le mariage occupe dans la législation biblique et talmudique une place de premier ordre.

Plusieurs chapitres et passages de la Bible traitent des relations matrimoniales et cinq traités (1) du Talmud sont

(1) Ils se trouvent dans le III^e ordre du Talmud et s'appellent :
Yebamot — du lévirat et des empêchements au mariage ;
Ketoubot — du contrat de mariage et des conventions matrimoniales ;
Sota — de la femme soupçonnée d'adultère ;
Ghittin — du divorce ;
Kidouschin — des fiançailles.

consacrés aux questions concernant le mariage et ses effets.

I. — La loi juive envisage le mariage et la famille comme la base même de la vie sociale.

« Dieu dit : il n'est pas bon que l'homme reste seul, je vais lui adjoindre une aide... »

C'est pourquoi l'homme abandonnera son père et sa mère; il s'attachera à sa femme et ils deviendront une seule chair. (Gén., chap. II, v. 18, 24.)

S'appuyant sur ces textes de la Genèse, le Talmud fait du mariage un devoir moralement obligatoire pour tout homme.

« Il est du devoir de tout homme de se marier pour avoir des enfants, il n'en est dispensé que s'il a déjà des enfants », dit une Mischna (Yeb., VI, 6).

« Quand même on a déjà des enfants, il est défendu de rester dans le célibat », ajoutent les Amoraïm. Le célibat n'est permis qu'à celui qui désire se consacrer avec dévouement à la méditation et à l'étude de la loi. (Yeb., 63 b.)

Les prescriptions du Code mosaïque relatives au mariage ont un caractère nettement négatif. Prohibant tout ce qui pourrait porter atteinte à la pureté, de la vie conjugale, elles sont très explicites, en particulier, sur les empêchements au mariage. Quelques prescriptions positives traitent des droits et des devoirs réciproques des époux, mais aucune mention expresse n'est faite sur des modes déterminés ou des formes légales pour la conclusion du mariage. Il est probable que la loi abandonnait la réglementation du côté formel du mariage aux usages et coutumes qui s'étaient établis antérieurement à la législation mosaïque.

Les modes de conclusion et de dissolution du mariage, de même que les droits et devoirs des époux, sont par contre minutieusement réglés dans la législation talmudique.

Nous ne trouvons dans la Bible aucune mention de céré-

monies ou solennités particulières aux Hébreux. On faisait bien la noce pendant sept jours, mais toutes les fêtes duraient d'ordinaire une semaine et d'autres nations célébraient probablement aussi leurs fêtes et leurs mariages pendant un certain nombre de jours.

La Bible ne mentionne point de solennité religieuse pour sanctionner le mariage; et même à l'époque talmudique, qui connaît des bénédictions nuptiales, le mariage était légal et parfait sans aucune intervention de prêtre.

Ainsi la Bible et le Talmud ne connaissaient que le mariage civil. Le mot « Kidouschin » (du verbe Kadesch, sanctifier), qui désigne les fiançailles, est une création des docteurs de la Mischna; les fiançailles s'appelaient originairement « Eroussin », mot qui n'évoque aucune idée religieuse.

II. — Le mariage hébreu était-il un contrat ? Dans la Bible le caractère contractuel du mariage n'est pas nettement dégagé. Il n'est même pas certain que le consentement des deux époux fût requis pour la validité du mariage.

En fait, le mariage par voie de rapt n'est pas inconnu dans la Bible; il ne constitue, toutefois, pas un mode légal pour épouser une femme juive. Le passage biblique (2) qui prévoit ce mariage n'est relatif qu'à la femme païenne qui a été faite prisonnière de guerre. Encore ce mariage, comme le fait justement remarquer Neubauer (3), ne puise pas sa force légale dans le fait de la capture, mais dans un acte postérieur (probablement la cohabitation) qui le sanctionne et qui fait de l'esclave une épouse. Il n'en reste pas moins que ce mariage est valable sans le consentement d'une des parties.

(2) *Deut.* XXI, 10.

(3) *Beiträge zur Geschichte des biblisch talmudischen Eheschließungsrechts*, p. 32.

Il existe dans la Bible un autre cas de « mariage forcé ». Il est relatif à l'homme qui s'est rendu coupable d'un viol et qui est obligé par la loi d'épouser sa victime. « Les juges le condamneront à payer (au père) 50 sicles d'argent et il la prendra pour femme. » (Deut., chap. XX, v. 29). Ici, c'est l'homme qui est obligé de contracter le mariage.

L'Ecriture parle souvent du père qui « donne pour femme » sa fille et de l'homme qui « prend pour femme ». En présence de ces expressions qui se répètent dans de nombreux passages (4), on pourrait se demander quel est le rôle exact de la femme dans la conclusion du mariage; le mariage biblique repose-t-il bien sur l'accord volontaire des deux époux, ou est-il un acte passé entre l'homme et le père de la femme et dans lequel cette dernière ne prend aucune part active.

On pourrait évidemment supposer que les expressions « donner, prendre pour femme », ne sont que des façons de parler qui ne tirent pas à conséquence, expressions pareilles à celles qu'on emploie ordinairement même de nos jours dans un langage non juridique.

Mais il nous paraît moins arbitraire de supposer que les mariages précoces étaient d'une pratique très courante dans les anciens temps (5) et que, par conséquent, c'était le père de la jeune fille mineure qui contractait le mariage au nom de celle-ci, au titre de son représentant légal. Par contre, lorsque la femme, qui se marie, est *sui juris*, lorsqu'elle est majeure ou n'a plus de père, elle se marie librement et con-

(4) *Gen.* XXXIV, 8, 12 ; *Deut.* XXII, 16 ; *Lév.* XX, 14.

(5) *Neubauer*, p. 33.

tracte elle-même le mariage. C'est ainsi qu'il est écrit au sujet des filles de Celofhad :

« Elles se marieront à qui elles voudront, pourvu que ce soit à des hommes de leur tribu. » (Nombres, chap. XXXVI, v. 6.)

A l'époque talmudique, la conception contractuelle du mariage est devenue tout à fait familière aux docteurs de la Loi. Des nombreuses prescriptions talmudiques sur les modes de formation du mariage, sur l'erreur, sur la capacité des parties, il résulte nettement que le mariage est considéré comme un contrat, qui requiert le consentement des parties, l'accomplissement de certaines formalités et qui peut être rompu dans certaines circonstances.

Mais de ce que les docteurs talmudiques envisageaient le mariage comme un contrat et de ce qu'ils le rapprochaient souvent dans leurs discussions du contrat de vente, il ne résulte pourtant pas qu'ils aient complètement ignoré le caractère institutionnel du mariage, et qu'ils aient placé celui-ci sur le même rang que les contrats ordinaires.

La conception talmudique du mariage se reflète clairement dans la clause du mariage figurant dans la Ketouba (6) :

« Sois ma femme selon la loi de Moïse et d'Israël, et je vais travailler pour toi, te traiter avec respect, t'entretenir et te nourrir suivant l'usage des maris juifs qui travaillent pour leurs femmes, les traitent avec respect, les entretiennent et les nourrissent honorablement... »

Cette image du mariage selon la loi de Moïse et d'Israël était évoquée devant les futurs époux lors de la conclusion de leur mariage, de sorte que ce dernier acte comportait la

(6) Acte analogue au contrat de mariage moderne, rédigé en araméen.

déclaration non équivoque que les époux étaient bien décidés à mener leur vie conjugale conformément aux prescriptions et aux coutumes juives.

Alors que le contenu d'autres contrats est soumis au principe de l'autonomie de la volonté, le contrat de mariage doit être adopté tel qu'il est réglementé par la loi et la religion.

III. — La polygamie était légalement permise aussi bien par le Talmud que par la Bible. Toutefois, une certaine répugnance envers la polygamie se fait déjà sentir dans la Bible. Dans le livre de Genèse, les préférences sont nettement du côté de la monogamie. Chaque fois que ce livre cite le cas de polygamie d'un patriarche, il le fait dans des termes qui en font apparaître le caractère exceptionnel.

Abraham prend une deuxième femme sur l'instigation de sa première femme, Sara, qui désirait une postérité pour son mari. (Genèse, chap. XVI, v. 2.)

Le mariage de Jacob avec Léa est dû à un malentendu dont le récit biblique attribue la responsabilité à Laban. (Genèse, chap. XXIX, v. 23.)

Lorsque Jacob se sépare de Laban, celui-ci lui arrache la promesse de ne pas épouser d'autres femmes. (Gen., chap. XXXI, v. 50.)

Etant donné ces traditions, il se confirme que la polygamie n'était point la coutume dominante à l'époque patriarcale.

La pratique de la polygamie ne pouvait pas s'introduire chez les Hébreux pendant leur séjour en Egypte, puisque les Egyptiens eux-mêmes étaient monogames. Ce n'est que plus tard, aux époques de guerre, quand la coutume patriarcale s'est affaiblie, que les riches et les puissants, surtout les rois (Salomon), pratiquèrent la polygamie. Il semble toutefois que cette pratique n'était que tolérée.

La loi mosaïque ne se prononce pas d'une façon explicite sur la question, n'estimant probablement pas nécessaire de s'opposer expressément à un usage d'une application si restreinte. Elle n'interdit expressément qu'un seul cas de polygamie, en défendant à un homme de prendre pour femmes deux sœurs (1). Mais cette prohibition implique évidemment la possibilité d'épouser deux femmes qui ne sont pas sœurs.

D'autre part, la loi sur le lévirat qui impose à un homme d'épouser la veuve de son frère décédé sans postérité, n'écarte pas cette obligation au cas où le frère survivant est déjà marié lui-même.

D'une manière générale, on peut dire que la polygamie était le privilège des grands, des rois, tandis que le peuple restait fidèle à la monogamie. Pendant la période du 2^e Temple, la polygamie était ostensiblement pratiquée par l'aristocratie, notamment par le roi Hérode qui avait neuf femmes simultanément. La polygamie des Hérodiens ne semble pas avoir choqué les Pharisiens; ces princes suscitèrent, par contre, l'indignation générale en épousant, contrairement à la loi, leurs belles-sœurs.

Pour illustrer l'attachement du peuple à la monogamie, on pourrait citer l'histoire de Ruth (Ruth IV, 6), où il est raconté que le plus proche parent de Ruth, auquel la loi impose l'obligation d'épouser la jeune veuve, et qui, sommé par Booz d'accomplir son devoir de lévir, s'y refuse en alléguant qu'il est déjà marié (2).

« Je ne peux pas l'épouser, car je suis déjà marié, et il ne m'est pas permis d'épouser une autre femme. Cela trou-

(1) *Lévitique XVIII*, 18.

(2) La raison de ce refus n'est pas indiquée dans le texte original hébreu, mais dans sa traduction araméenne (Targoum) établie au cours de la période talmudique.

blerait la paix et le bonheur de mon foyer. Mais, toi (Booz) tu peux l'épouser puisque tu n'es pas encore marié. »

La période talmudique nous a laissé aussi des témoignages quelque peu contradictoires sur la question.

Les docteurs enseignent qu'un homme ne doit pas épouser plus de quatre femmes (3).

Souvent les parties stipulaient dans la Ketouba (contrat de mariage) que le mari ne devra pas épouser d'autres femmes (4).

La Mischna enseigne que l'homme dont le mariage est resté stérile pendant dix ans doit prendre une nouvelle femme (5). La Mischna ne se prononce pas sur les droits qu'aurait dans ce cas la femme restée stérile, mais la Tossephtha (6), dans une intention nettement favorable à la femme, lui permet de demander le divorce et le paiement de son douaire. R. Amé de Tibériade (III^e S.) va encore plus loin et formule le principe suivant : Quiconque à la première femme s'adjoint une deuxième doit donner à la première une lettre de divorce et lui payer son douaire (7).

Ce principe est le plus caractéristique de la tendance monogamique de la législation talmudique.

Ce principe, formulé en Palestine, se heurtait toutefois à une opposition ferme de l'école babylonienne.

Rabba b. Joseph, chef de l'école de Mahouza (mort en 352), enseignait que l'homme est libre de prendre autant de

(3) *Yeb.* 22 a ; *Maïm H. J.*, XIV, 3.

(4) EPSTEIN, *Them, Jewish marriage contracts*, p. 123, note 3.

(5) *M. Yeb* VI, 64 a.

(6) Ce mot indique une partie de l'œuvre des docteurs prédécesseurs ou contemporains du rédacteur de la Mischna, qui n'a pas été insérée par celui-ci dans le corps de la Mischna.

(7) *Yeb.* 65 a.

femmes qu'il lui plaît, pourvu qu'il soit en état de les entretenir (8).

On pourrait expliquer cette divergence d'opinions par l'influence du milieu; du milieu gréco-romain, d'un côté, du monde oriental où la polygamie était de règle, de l'autre.

C'est pourtant l'opinion des docteurs babyloniens qui a prévalu et la polygamie est restée en principe légale (quoique, en fait non pratiquée, du moins par les juifs occidentaux), jusqu'au ^x^e siècle, époque à laquelle Rabbenou Gerschom (960-1028), consacrant un état de fait, interdit la polygamie sous peine d'anathème.

IV. — Une situation particulière est faite dans le droit matrimonial hébreu à la concubine, nommée « Pillegesch ».

Le pillegesch jouissait des mêmes droits et du même respect que la femme légitime. Tout manquement d'égards à la pillegesch était considéré comme une atteinte portée à l'honneur de l'homme auquel elle appartenait. Jacob n'a jamais pardonné à son fils Ruben de s'être approché de Bilha, pillegesch de son père. (Gen., chap. XXXV, 22; XLIX, 4).

Les enfants de la concubine avaient des droits égaux à ceux de la femme légitime. Les fils que Jacob eut de Bilha et Zilpa, ses concubines, sont placés sur le même pied que les fils de Léa et de Rachel, ses femmes légitimes. (Gen., chap. XLVI.)

La loi talmudique non plus ne fait pas de distinction entre les enfants légitimes et les enfants naturels. Elle n'exclut de la succession de leur père que les enfants de l'esclave qui n'a

(8) *Yeb.*, 65 a.

pas été libérée. Ses enfants sont, en effet, des esclaves, la propriété de leur maître, et non pas ses héritiers (9).

La concubine était tantôt une femme libre, tantôt une esclave.

Le fait d'avoir un grand nombre d'enfants était, dans l'antiquité, considéré comme la plus grande bénédiction; souvent l'épouse légitime, lorsqu'elle était elle-même stérile, donnait ses esclaves comme concubines à son mari, ainsi que l'ont fait Sara, Léa et Rachel.

Toutefois il n'est pas certain que l'esclave ait continué à rester la propriété de sa maîtresse, après avoir donné des enfants à l'époux de cette dernière.

Selon le Talmud babylonien, la concubine, à la différence de la femme légitime, n'avait pas de Ketouba et l'union avec elle n'était pas sanctionnée selon les modes formels des Kidouschin (fiançailles) (Sanhédrin, 21 a).

Selon le Talmud de Jérusalem, cependant, la concubine avait droit au douaire, mais pas aux autres avantages matrimoniaux contenue dans la Ketouba. (Talm. de Jer. Ket., V, 29 d.)

(9) *Yeb.*, 22 a-b.

FORMATION DU MARIAGE

Nous diviserons l'étude de la formation du mariage en deux parties.

Dans la première, nous traiterons des conditions de fond; dans la deuxième, des conditions de forme ou des modes de conclusion du mariage.

PREMIERE PARTIE

CONDITIONS DE FOND REQUISES POUR LA FORMATION DU MARIAGE

Pour plus de clarté, nous répartissons ces conditions en deux titres, l'un consacré aux conditions négatives ou à l'absence d'empêchements, l'autre aux conditions positives.

Remarquons toutefois que la loi biblique et talmudique n'a pas connu une pareille distinction.

Dans la Bible, les conditions relatives à la formation du mariage sont éparpillées à travers le Pentateuque; dans le Talmud, bien qu'elles soient groupées dans un « ordre » principalement consacré aux questions matrimoniales, il s'en faut de beaucoup qu'elles soient exposées suivant une méthode scientifique.

TITRE PREMIER

CONDITIONS NÉGATIVES OU ABSENCE D'EMPÊCHEMENTS

On désigne communément de ce nom certains faits qui mettent obstacle à la formation du mariage.

Les empêchements sont particulièrement nombreux dans la législation qui nous occupe. Une telle rigueur pourrait étonner de la part d'une législation qui, par ailleurs, encourage et favorise le mariage, et qui considère la famille comme la base essentielle de la vie sociale. Mais cette contradiction s'explique par le fait que la Bible et le Talmud avaient un très grand souci de maintenir la pureté de la race, et qu'ils s'opposaient énergiquement à l'influence des peuples voisins dont les mœurs pouvaient compromettre l'intégrité d'Israël:

Il ne faut cependant pas attribuer à toutes les prohibitions de mariage la même portée. On peut les diviser, en effet, en empêchements temporaires, qui, au bout de quelque temps ou à la suite d'une certaine formalité, cessent d'être un obstacle à la conclusion du mariage, et en empêchements permanents; ces derniers constituent un obstacle définitif, rendant les personnes visées par la loi à jamais incapables de contracter un mariage valable.

° CHAPITRE PREMIER

EMPÊCHEMENTS TEMPORAIRES

§ 1. — *Mariage antérieur non dissous*

Nous avons vu précédemment que la polygamie, tout en étant désapprouvée au point de vue moral, n'en avait pas moins au point de vue légal, droit de cité. D'après les nombreuses discussions qu'elle a suscitées dans les écoles, il est à présumer qu'elle était pratiquée par certains Juifs. Il en résulte que, dans le droit hébreu, l'existence d'un mariage antérieur non dissous ne constituait pas un empêchement à un nouveau mariage. Mais ceci n'est entièrement vrai que pour l'homme. La polyandrie n'ayant jamais été pratiquée par les Juifs, une femme mariée ne pouvait contracter un nouveau mariage, sans produire la déclaration de divorce ou la preuve du décès de son premier mari. Etant donné que la femme, qui ne pouvait prouver le décès de son premier mari, était condamnée au veuvage, le Talmud rend la preuve du décès du mari plus facile que celle du décès de la femme (1).

La loi règle minutieusement le cas d'absence du mari (2); probablement parce que le décès du mari avait des consé-

(1) *Yeb.*, 88 a-b.

(2) *Yeb.*, chap. X, XV, XVI.

quences légales plus importantes que celui de la femme, au moins en ce qui concerne le remariage de l'époux survivant. En effet, la femme qui se remarie, en croyant son mari mort, ne peut continuer la vie conjugale, dans le cas où son premier mari reviendrait, ni avec l'un, ni avec l'autre. Le premier mari n'étant pas mort, le second mariage de la femme est nul et doit être considéré comme un commerce adultérin. Elle perd son douaire et les enfants issus de cette union sont adultérins (3). D'autre part, le premier mariage de la femme doit être dissous, car la loi défend au mari de garder sa femme coupable d'adultère (4). Il est vrai que cette loi ne vise en principe que l'adultère commis intentionnellement, mais elle est étendue, dans notre cas, à l'adultère involontaire résultant de la nullité du second mariage, afin de punir la femme d'avoir contracté précipitamment une seconde union.

§ 2. — *Délai de viduité*

Une femme veuve ou divorcée doit attendre trois mois avant de se remarier (1). Ce délai de trois mois court, pour la veuve, à partir de la mort de son mari, et pour la femme divorcée du jour où elle a reçu de son mari la lettre de répudiation. Cette prohibition, d'origine talmudique, se justifie par le souci de prévenir toute incertitude sur la paternité du premier enfant qui naîtrait du second mariage. Si, en effet, la femme pouvait convoler immédiatement après la dissolution de son premier mariage, et à supposer qu'elle mette au monde un enfant sept mois après la conclusion du second

(3) *Yeb.*, 87 b ; *E. H.*, XVII, 56.

(4) *E. H.*, CXV, 7, 8.

(1) *M. Yeb.*, IV, 6.

mariage, on ne saurait pas si l'enfant est issu des œuvres du deuxième mari (la gestation ayant duré sept mois) ou s'il faut en attribuer la paternité au premier mari (2).

En imposant aux veuves et aux femmes divorcées un délai d'attente de trois mois, la Mischna voulait éviter cette *turbatio sanguinis*. La science médicale de l'époque affirmait qu'il était facile de reconnaître une grossesse au bout de trois mois d'après le volume du ventre; dès lors, si au bout de ce délai la femme ne paraissait pas enceinte, c'est qu'elle ne l'était pas, tandis qu'avant l'expiration de trois mois, elle pourrait être enceinte sans qu'on s'en aperçût.

Là où la confusion de paternité n'est pas possible, la prohibition est écartée; c'est ainsi que deux époux divorcés peuvent se remarier sans attendre l'expiration du délai de trois mois (3).

Mais en dehors de ces cas, la femme doit observer le délai, même lorsqu'il est impossible de supposer qu'elle fût enceinte au moment du divorce ou du décès de son premier mari, même lorsqu'elle est mineure ou stérile.

Dans la computation du délai, le *dies a quo* et le *dies ad quem*, c'est-à-dire le jour du décès ou du divorce et le jour du mariage, ne sont pas comptés (4).

La sanction de cet empêchement au mariage consiste dans l'obligation de divorcer incombant au mari. Rien, d'ailleurs, n'empêche les époux divorcés de se remarier valablement une fois le délai légal expiré (5), si ce n'est la qualité de prêtre (car la loi mosaïque défend aux descendants d'Aron,

(2) E. H., XIII, 1.

(3) E. H., XIII, 4.

(4) Yeb., 43 a.

(5) E. H., XIII, 10.

qui remplissent parmi les Juifs les fonctions de prêtres, d'épouser des femmes divorcées).

La question de savoir si le délai de viduité s'applique également à la femme qui n'était que fiancée, est douteuse.

Délai spécial à la femme enceinte ou nourrice

Lorsque la veuve ou la femme divorcée est, au moment de la dissolution de son mariage, enceinte, ou allaite son enfant, la loi talmudique lui défend de se remarier avant que l'enfant ait atteint l'âge de deux ans (6).

Les rabbins admettaient, en effet, qu'il était indispensable à la santé de l'enfant qu'il fût allaité par sa mère pendant 24 mois au moins. Craignant que le remariage de la mère ne porte préjudice aux intérêts de l'enfant, redoutant surtout qu'une nouvelle grossesse n'enlève à l'enfant du premier lit sa nourriture maternelle, ou n'en abrège la durée, le législateur impose à la mère un délai de 24 mois, auquel elle reste soumise même lorsqu'elle a sevré l'enfant ou lui a donné une nourrice (7).

La sanction de cette prohibition consiste, de même que dans le cas précédent, dans un divorce obligatoire (8).

§ 3. — *Jours de fêtes légales*

Le mariage étant, dans la législation hébraïque, considéré comme un contrat, il subit comme tel le sort de toutes les

(6) *Yeb.*, 42 a.

(7) *Idem* : *Ket.* 60 a-b ; *E. H.*, XIII, 12.

(8) *Yeb.*, 42 a.

conventions. Il ne peut être passé le Sabbath ou un jour de fête (1).

§ 4. — *Le lévirat*

Le lévirat désigne l'obligation imposée à un homme d'épouser la veuve de son frère décédé sans postérité.

« Lorsque deux frères, dit la Bible (1), demeurent ensemble, et que l'un d'eux meurt sans postérité, la femme du défunt ne devra point se marier au dehors à un étranger; ce sera son beau-frère qui l'épousera.. »

Ce texte, en même temps qu'il impose au frère du défunt le devoir d'épouser sa veuve, établit un empêchement au mariage de la veuve avec tout homme autre que son beau-frère. La femme n'obtient la liberté d'épouser qui elle veut, qu'après avoir procédé à la cérémonie du déchaussement par laquelle son beau-frère manifeste légalement son refus de l'épouser.

L'expression « lévirat » provient du mot latin « levir » qui désigne le frère du mari. En hébreu cette institution s'appelle « Yiboum »; le mot « Yabam » désigne le frère auquel est imposé l'obligation d'épouser la veuve; cette dernière s'appelle « Yebama ».

Dès la haute antiquité, le mariage était considéré dans la société hébraïque, comme un lien qu'on devait faire durer même après la mort du mari, car la femme étrangère qu'on a épousée est par le mariage devenue membre de la famille du mari, et si celui-ci meurt, le frère ou un parent l'épousera pour la garder dans la famille. C'est ainsi que nous voyons

(1) *Betza*, 36, 37 ; *E. H.*, LXIV.

(1) *Deut.*, XXV, 5.

à l'époque prémosaïque déjà, Juda qui enjoint à son fils d'épouser Thamar, la veuve de son frère décédé, et quand Thamar devient veuve pour la deuxième fois, Juda veut encore la garder pour le troisième frère (2).

Nous sommes en présence d'une institution très ancienne qui n'est d'ailleurs pas propre aux Hébreux. La loi mosaïque, dans le texte qu'elle consacre au lévirat, confirme seulement en la réglementant, une coutume ancienne, qu'elle ne voulut pas abolir, vu qu'elle correspondait aux conjonctures sociales et économiques de l'époque.

Mais comme, d'autre part, le Yiboum constitue une dérogation à la loi qui défend d'une façon générale d'épouser la femme de son frère (3), le code mosaïque, tout en consacrant la coutume du lévirat, s'efforce de la restreindre et de la modérer :

1) Tandis que l'ancienne coutume imposait le lévirat à tout parent du mari à commencer par le plus proche, la loi mosaïque ne s'adresse qu'au frère du mari.

2) Si le frère du mari décédé refuse de prendre la veuve pour femme, la loi mosaïque ne l'y force pas ; elle lui permet d'échapper à cette obligation qui, dans certaines circonstances, peut être répugnante et onéreuse, en instituant à cet effet la cérémonie dite du déchaussement (Halitza). Cette procédure, décrite dans le Deutéronome (4), a été ensuite minutieusement réglementée par le Talmud..

« S'il (le yabam) ne veut pas épouser la femme de son frère, celle-ci ira à la porte de la ville, auprès des anciens, et leur dira : mon beau-frère ne veut pas relever le nom de

(2) *Gen.*, XXXVIII, 8, 11.

(3) *Lévit.*, XVIII, 16 (Voir: Parenté et alliance).

(4) *Chap.* XXV, 7-10.

son frère en Israël, ni me prendre pour sa femme, et aussitôt les anciens le feront appeler, et l'interrogeront. S'il répond : Je ne veux point épouser cette femme-là, la femme s'approchera de lui en présence des anciens, lui ôtera sa chaussure du pied, et crachera devant lui, en disant : C'est ainsi que sera traité celui qui ne veut pas édifier la maison de son frère ; et sa maison sera appelée dans Israël, la maison du déchaussé. »

Quelle est la signification de ce cérémonial ?

Elle nous est donné dans le livre de Ruth (5).

« Or, c'était une ancienne coutume dans Israël entre parents, que s'il arrivait que l'un cédât son droit à l'autre, afin que la cession fût valable, celui qui se démettait de son droit, ôtait son soulier et le donnait à son parent ; c'était là le témoignage de la cession en Israël. »

La halitza est donc la cession du droit du lévir à la succession de son frère décédé.

Le texte biblique, en même temps qu'il décrit la procédure du lévirat, nous en fait apparaître le but. Le frère du mari mort doit épouser sa belle-sœur « afin que le nom de son frère ne se perde point en Israël » ; par quoi il faut entendre que le lévir a le devoir de conserver indivis le patrimoine de son frère défunt et de le transmettre ensuite au fils qui naîtra de son union avec la veuve, fils qu'on considère comme l'enfant du défunt, l'héritier de son nom et de sa fortune. Le Talmud (6) lui-même reconnaît que le texte du Deutéronome « et il donnera le nom de son frère à l'aîné des fils qu'il aura d'elle »... ne doit pas être entendu littéralement (le premier-né du mariage du lévirat devant porter le nom

(5) E. WEILL, *La femme juive*, p. 113.

(6) *Yeb.*, 17 b; 24 a.

de son oncle décédé », mais plutôt dans un sens figuré (le nom du défunt se conservant sur l'héritage transmis en entier au lévité à l'exclusion de tout autre héritier du défunt).

Le lévité fait partie d'un ensemble juridique d'institutions et de systèmes, et il est lié étroitement au système agraire et aux lois successorales du peuple hébreu, notamment à ce principe fondamental de la législation mosaïque d'après lequel le patrimoine individuel doit être conservé dans la tribu et dans la famille. Si un homme mourait sans postérité, la femme, d'après la loi hébraïque, n'héritant pas des biens de son mari, le patrimoine de ce dernier irait à ses frères et se diviserait entre eux. Par le lévité on évite cette division de l'héritage ainsi que le dépérissement du nom, étroitement lié à celui-ci ; car le lévité, en épousant la veuve de son frère, devient l'héritier unique de sa fortune, les autres frères n'ayant plus aucune part dans la succession (7).

La législation concernant le Yiboum et la halitza est étudiée dans tous ses détails dans le Talmud et les codes rabbiniques (8). Examinons les conditions d'exercice du lévité.

1° La première condition résultant du texte biblique même est que le mari soit mort sans postérité.

Que faut-il entendre par postérité ? Certains interprètes ont voulu comprendre sous ce mot, uniquement la descendance masculine. Mais le Talmud (9) ne fait pas de distinction et décide que, lorsque le défunt a laissé des fils ou des filles vivants, légitimes ou naturels, communs ou du premier lit, ou même des descendants de ses enfants, la veuve est dispen-

(7) *M. Yeb.*, IV, 3.

(8) MAIMONIDE, *Hilkhoth Yiboum ve-halitza* ; *E. H.*, chap. 156-176.

(9) *M. Yeb.*, II, 2 ; 22 a-b.

sée du lévirat ; plus même, le mariage entre elle et son beau-frère est prohibé conformément à la loi (10) qui interdit le mariage entre beaux-frères et belles-sœurs, si ce n'est en vertu du lévirat.

Lorsqu'au moment du décès de son mari, la femme est enceinte, elle reste soumise au lévirat au cas où elle met au monde un enfant mort-né, mais si l'enfant né vivant ne vécut-il que 30 jours, il n'y a plus lieu au lévirat (11).

De ce que l'exercice du lévirat dépend de l'existence ou de l'absence de postérité (fût-elle posthume) du défunt, il résulte qu'il ne saurait avoir lieu avant l'expiration de trois mois depuis la mort du mari, délai de viduité commun à toute veuve ou femme divorcée et pendant lequel on doit pouvoir constater sa grossesse.

2° La deuxième condition est relative au Yabam. Le Talmud (12) exige qu'il soit le frère germain ou consanguin du défunt. En posant cette condition, le Talmud reste bien dans la logique de l'institution. Nous savons en effet que le Yabam qui épouse la veuve de son frère devient l'héritier unique de son patrimoine ; or, d'après le droit successoral hébreu, les frères utérins ne succèdent pas les uns aux autres, le lévirat entre eux n'aurait donc pas de raison d'être (13).

Mais pourvu qu'il soit issu du même père que le défunt, un frère quelconque est soumis au lévirat, qu'il soit marié déjà (la polygamie étant légalement permise), qu'il soit un bâtard, ou mineur encore (l'exercice du lévirat est suspendu jusqu'à sa majorité), qu'il soit atteint d'une maladie telle

(10) *Lév.* XVIII, 16.

(11) *E. H.* CLVI, 4.

(12) *Yeb.*, 17 b.

(13) *E. H.*, CLVII.

que sa mort prochaine soit certaine, la veuve n'est pas libérée aussi longtemps qu'il est en vie et qu'il ne l'a pas déliée par la halitza (14) ; mais un frère né après le décès du mari n'est pas tenu au lévirat, car il est écrit dans la Bible : « lorsque deux frères demeurent ensemble... » et le Talmud, ramenant cette expression à une notion de temps, exige qu'ils aient été en vie en même temps (15).

La différence de religion entre deux frères n'est pas suffisante pour écarter le lévirat ; si le yabam ou son frère défunt avait quitté le judaïsme, la veuve n'est pas pour cela libérée du lévirat. Celui-ci ne s'applique toutefois pas aux prosélytes. L'institution du lévirat concernait la famille et était plutôt un usage national qu'une institution religieuse, c'est pourquoi la Mischna veut qu'elle ne soit applicable qu'aux Juifs de naissance (16).

Si le mari défunt avait laissé plusieurs frères germains ou consanguins, le devoir d'épouser la veuve incombe en premier lieu à l'aîné d'entre eux. S'il s'y refuse ou s'il est absent, on demande au plus jeune suivant l'ordre d'ainesse d'accomplir ce devoir ; mais lorsque tous s'y refusent, le devoir de procéder à la cérémonie de la halitza incombe à l'aîné (17). La Mischna décide que le devoir du lévirat incombe à l'aîné des frères en se fondant sur les mots « l'aîné des fils » (18), qu'elle applique au léviri bien qu'il soit clair que cette expression vise l'enfant qui naîtra de l'union du léviri et de la veuve.

(14) *M. Yeb.*, 17 b ; 22 a.

(15) *E. H.*, CLVII, 1.

(16) *M. Yeb.*, XI, 2 ; *E. H.*, *idem*, 2 ; RABINOVICZ, *Leg. civ. du Talmud*.

(17) *M. Yeb.*, IV, 3.

(18) *Deut.* XXV, 6 : « et il donnera le nom de son fils à l'aîné des fils qu'il aura d'elle... ».

3° Une dernière condition nécessaire à l'exercice du lévirat, est l'absence de parenté ou d'alliance au degré prohibé par la loi, entre le lévirit et la veuve. Cette condition vise le cas où le yabam est déjà marié. La pratique de la polygamie combinée avec l'institution du lévirat n'a pas manqué, en effet, de soulever de nombreuses questions. Si la veuve est une proche parente de la femme ou d'une des femmes du yabam, si elle est, par exemple, sa sœur, sa mère ou sa fille, le lévirat devient impraticable, parce qu'en y procédant, on enfreindrait la loi (19) qui défend comme inceste d'avoir pour femmes les deux sœurs ou la mère et sa fille. Même si l'empêchement devait disparaître par la suite — ainsi dans le cas de deux sœurs, si la femme du yabam mourait — l'obligation au lévirat ne revivrait pas, elle serait définitivement éteinte.

Dans le cas ci-dessus examiné, non seulement il n'y aurait pas lieu au lévirat, mais on ne procéderait même pas à la halitza. Tandis que, si le lévirat devait céder devant un empêchement autre que celui résultant de la parenté et de l'alliance, la halitza ne cesserait pas d'être applicable. Tel est aussi le cas du grand prêtre auquel la loi mosaïque défend d'épouser une veuve (20) ; tel est aussi le cas de l'eunuque qui n'est pas tenu au lévirat, puisqu'il manquerait d'objet dans son cas particulier. Incapables d'épouser la veuve, ils doivent néanmoins procéder à la halitza, pour lui permettre d'épouser une autre personne (21).

Supposons maintenant, en nous plaçant toujours sur le terrain des difficultés que fait naître la polygamie, que le mari défunt ait laissé plusieurs femmes.

(19) *Lév.*, XVIII, 17-18.

(20) *Lév.*, XXI, 14.

(21) *M. Yeb.*, VIII, 4, 5.

Le frère du défunt serait-il dans l'obligation de les épouser toutes ? Nullement, car il est clair, si l'on songe au but de cette institution, que le mariage avec l'une des veuves suffirait. Le lévirat n'a pas été institué dans le but de procurer un mari à la veuve, mais pour donner un enfant, un héritier au nom et à la fortune, à celui qui est mort sans postérité. La Mischna décide par conséquent que le lévirat ou la halitza exercés par l'une des veuves en dispense les autres, qui désormais, recouvrent la libre disposition de leur personne (22).

Supposons ensuite, qu'entre le yabam et l'une des veuves existe un lien d'alliance rendant le mariage entre eux impossible. Le lévirat, impossible à l'égard d'une des veuves, subsiste-t-il à l'égard des autres ?

Ce serait logique, mais la Mischna (23) en décide autrement et supprime le lévirat à l'égard de toutes les femmes, lorsqu'il est impraticable envers l'une d'elles. Remarquons que le lévirat s'applique non seulement à la femme mariée, mais aussi à celle qui n'a été que « fiancée » au frère défunt.

Pour la formation du mariage entre le Yabam et la Yebama, la Bible n'impose aucune formalité (24). Cette union était censée consacrée par le Ciel, puisque, de par la loi mosaïque, la veuve échoit à son beau-frère. Elle était donc considérée à certains points de vue comme l'épouse de ce dernier dès le jour du décès de son mari. Dès ce jour, par exemple, entraient en jeu les divers empêchements que fait

(22) *M. Yeb.*, IV, 8, 11.

(23) *M. Yeb.*, II, 1, 2, 3.

(24) Plus tard, les docteurs ont étendu au mariage du lévirat, les formalités du mariage ordinaire. La réunion du lévir et de la veuve avant la célébration du mariage ne l'invalidait pas, mais le lévir était châtié par des coups de bâton (*E. H.*, CLXVI, 2).

naître le mariage proprement dit ; par conséquent, si la veuve mourait à son tour avant d'avoir été épousée par le yabam, ce dernier ne pourrait désormais épouser aucune parente de la veuve. De plus, les empêchements subsisteraient même si le léviri, refusant d'épouser la veuve, avait procédé à la halitza (25), celle-ci produisant en quelque sorte les effets d'un divorce.

C'est probablement cette assimilation de la halitza au divorce qui a déterminé les docteurs à étendre à la haloutza (la veuve qui a été refusée par son léviri) le texte biblique interdisant aux prêtres d'épouser une femme divorcée (26).

Il ne faut toutefois pas croire que la yebama était à tous les points de vue assimilée à une épouse véritable du yabam. Nous rencontrons dans une Mischna l'expression de « Schmoreth Yabam » par laquelle on désigne la veuve qui « attend le yabam », son futur mari, ou plutôt la décision que prendra ce dernier ; dans la même Mischna, l'école de Schamaï et celle de Hillel discutent sur la dévolution de la succession de la veuve morte dans l'intervalle avant d'avoir été épousée par le yabam ; et dans le Talmud, la veuve est dans le même intervalle considérée comme une épouse douteuse (27). C'est que la halitza, s'étant progressivement substituée au lévirat qui se pratiquait de plus en plus rarement, il n'y avait plus de raison d'assimiler la yebama à une véritable épouse du yabam, puisqu'elle n'était plus destinée à le devenir.

La législation du Pentateuque relative au lévirat subit à l'époque talmudique des réformes et des modifications. Tandis que dans les temps anciens, le lévirat avait la priorité

(25) *M. Yeb.*, IV, 5.

(26) *Yeb.*, 20 a.

(27) *Yeb.*, 39 a.

sur la halitza (même après avoir été rendu facultatif par la loi mosaïque) et qu'on n'avait recours à cette dernière que dans les cas rares, lorsqu'il était impossible au yabam d'épouser la veuve, soit qu'il fût grand-prêtre, soit que la différence d'âge entre les parties fût de l'avis des anciens trop grande ; à l'époque talmudique⁽²⁸⁾, les rabbins jugèrent nécessaire de donner la préférence à la halitza et d'empêcher l'exercice du lévirat. On considérait que le lévirat perdait toute sa signification morale et devenait une alliance incestueuse, si les parties y procédaient pour des motifs différents de ceux qui avaient inspiré l'institution du lévirat (29) ; si, par exemple, le yabam n'épousait la veuve qu'à cause de sa beauté ou de sa richesse et non point dans la pensée « d'édifier la maison de son frère ».

D'autre part, les conditions économiques et sociales dans lesquelles le lévirat avait pris naissance et auxquelles il restait intimement lié, n'étaient plus les mêmes à l'époque talmudique. L'institution du lévirat convenait à une législation agraire et successorale qui, en partageant le pays entre les douze tribus, posait le principe de l'immutabilité de cette division et de la conservation de l'héritage à l'intérieur de la tribu et de la famille. Mais à une époque où les juifs étaient dispersés, la Palestine occupée par des étrangers et les tribus mélangées, le lévirat perdit sa raison d'être et devint un legs du passé qui ne convenait plus aux nouvelles générations.

On n'osait toutefois pas supprimer l'institution en entier et on conserva la halitza en l'élevant au rang d'un commandement alors que, dans la loi mosaïque, elle n'était qu'une peine édictée contre celui qui refusait d'accomplir son devoir de lévir.

(28) *Yeb*, 39 b.

(29) *Bekhorot*, 1, 7.

CHAPITRE II

EMPÊCHEMENTS PERMANENTS

Pour la commodité du sujet, nous avons classé les divers empêchements permanents sous deux rubriques.

Nous distinguons des empêchements découlant de considérations d'ordre moral, et d'autres résultant de considérations d'ordre religieux. Il convient toutefois d'ajouter que dans les législations biblique et talmudique, les principes moraux et religieux, loin d'être séparés comme dans certaines législations modernes, sont intimement liés.

Section I^{re}. — *Considérations d'ordre moral.*

§ I. — *Parenté et alliance.*

Le mariage entre proches parents était interdit dans une mesure plus ou moins étendue, chez la plupart des peuples de l'antiquité. Quels sont les fondements de cette interdiction ? Sur ce point, les interprètes ne sont pas d'accord. Les uns y voient des raisons physiologiques, l'affaiblissement de la race qu'entraîneraient les unions entre personnes du même sang ; les autres fondent cette interdiction sur des raisons de haute moralité. Parmi les auteurs juifs, citons Philon (1) selon lequel l'inceste porterait atteinte au senti-

(1) *De specialibus legibus*, pp. 778-780.

ment de pudeur et entraverait les alliances avec des personnes étrangères au clan familial.

Le philosophe judéo-arabe Saadia (882-942) écrit (2) : « Si le mariage était possible à l'intérieur du cercle familial, cela favoriserait la corruption des mœurs. »

Mielziner (3) s'exprime comme suit : « La tolérance de telles alliances entre proches parents troublerait la paix et la concorde de la famille... »

Il nous semble que l'interdiction du mariage entre proches parents est une donnée immédiate de la conception morale de tous les temps et que l'intervention consciente de l'homme ne se manifeste que dans l'étendue qu'il assigne à cette interdiction ; en d'autres termes, cette étendue seule relève du droit positif.

Dans l'étude des différents cas d'empêchements fondés sur la parenté ou l'alliance, il faut faire une distinction entre les mariages prohibés par la loi mosaïque et ceux qui ont été prohibés postérieurement par les docteurs du Talmud. D'où deux catégories d'empêchements :

1° Principaux (Arayot).

2° Secondaires (Schniyot).

En général, les mariages contractés au mépris d'un empêchement biblique ou rabbinique sont sanctionnés de la même façon, c'est-à-dire qu'ils sont soumis à la dissolution, le mari étant forcé de délivrer à la femme une lettre de divorce (4). Cependant, parmi les empêchements bibliques, il y en a qui entraînent la nullité du mariage ; ce sont ceux qui sont fondés sur un lien de parenté sanctionné par la peine capi-

(2) *Emounot ve-Deot*, III.

(3) *Jewish Law of Marriage and Divorce* p. 36.

(4) *Kid.* 67 b ; E. H., XV, 1 ; XLIV, 6, 7.

tales ou par le karet (extermination). En outre, les mariages contractés au mépris de certains empêchements bibliques sont qualifiés de crimes et punis de la peine de mort (5).

La loi mosaïque ne connaît pas de degrés de parenté ou d'alliance ; elle établit les empêchements au mariage, cas par cas. Les mariages prohibés par la Bible sont énumérés dans les Lévitiques, chap. XVIII, répétés dans le chapitre XXII ; quelques-uns sont aussi mentionnés dans le Deutéronome (chap. XXIII et XXVII). Voici d'après la Bible, les personnes qu'un homme ne doit pas épouser (6) :

- 1) sa mère (verset 7) ;
- 2) la femme de son père (v. 8) ;
- 3) sa sœur, même utérine ou consanguine, légitime ou naturelle (7) (v. 9 et 11) ;
- 4) sa petite fille (v. 10). Remarquons que la fille n'est pas mentionnée, mais si la petite-fille lui est interdite, la fille doit l'être à fortiori.
- 5) la sœur de son père (v. 12) ;
- 6) la sœur de sa mère (v. 13) ;
- 7) la femme de son oncle paternel (v. 14) ;
- 8) la femme de son fils (v. 15) ;
- 9) la femme de son frère (v. 16), excepté le cas du lévirat ;
- 10) la fille de sa femme (v. 17) ;
- 11) la petite-fille de sa femme (v. 17) ;
- 12) la mère de sa femme (v. 17) ;
- 13) la sœur de sa femme (v. 18) du vivant de celle-ci.

(5) *Lév.*, XVII, v. : 11, 12, 14, 17.

(6) *Lév.*, chap. XXIII.

(7) *Yeb.*, 23 a.

Les extensions talmudiques de ces empêchements sont, en général, attribuées aux Sophérim. La pénétration des influences grecques en Judée devait rendre les gardiens de la loi des ancêtres soucieux de la pureté des mœurs dans la nation. C'est pourquoi ils ont cru utile d'étendre les prohibitions bibliques : *a)* soit en les prolongeant à l'infini en ligne ascendante et descendante; *b)* soit en montant d'un seul degré au-dessus de celui énoncé par la Bible; *c)* soit en y ajoutant un nouveau cas similaire (8).

La première catégorie d'extensions talmudiques n'a pas une grande portée pratique en raison de la différence d'âge des personnes visées; il est probable que les docteurs, en légiférant sur ce point, n'avaient en vue que l'aspect théorique de la question.

Il n'en est pas de même du 2^e et 3^e groupe d'extensions talmudiques.

Les nouveaux degrés sont, en partie, déduits par analogie des prohibitions bibliques, en partie créés de toutes pièces en vue de prévenir les transgressions aux interdictions expresses de la loi mosaïque.

Remarquons que cette manière de procéder est également familière au législateur moderne qui crée des règles protectrices pour assurer le fonctionnement de certaines institutions importantes.

Pour les détails des extensions talmudiques, nous renvoyons au tableau joint à la fin de ce chapitre, et dans lequel se trouvent classés tous les empêchements bibliques et talmudiques. Nous nous contentons seulement de commenter quelques cas particuliers.

(8) *Yeb.*, 21 a-b. ; *E. H.*, XV.

1° Examinons d'abord la prohibition de mariage entre beaux-frères et belles-sœurs. En nous plaçant, comme le fait la Bible, du côté de l'homme, nous aurons à distinguer entre deux sortes de belles-sœurs qu'un homme ne doit pas épouser :

a) la sœur de sa femme;

b) la femme de son frère.

a) La Bible interdit à un homme d'épouser la sœur de sa femme, mais elle ajoute : « du vivant de celle-ci » (9). D'où il résulte que l'homme ne doit pas épouser sa belle-sœur, tant que sa femme qui produit l'alliance est vivante — et cela, aussi bien dans le cas où son mariage avec elle est dissous que dans celui où il ne l'est pas; mais, il peut l'épouser après le décès de sa femme, et cela, même si le mariage avait été dissous antérieurement par un divorce (10). Par quoi la législation biblique se distingue de la législation française actuelle, dans laquelle le divorce mettrait obstacle à l'union du beau-frère et de la belle-sœur (C. C., art. 162).

b) La Bible interdit également à un homme d'épouser la femme de son frère, mais la loi n'ajoute plus « de son vivant ». Par conséquent, il ne suffit pas que le frère produisant l'empêchement meurt, pour que l'interdiction soit levée, il faut encore qu'il soit décédé sans avoir laissé de postérité, auquel cas, le mariage entre la veuve et son beau-frère, non seulement est permis, mais devient un devoir pour eux. (C'est le mariage du lévirat.)

Mais la loi ne dit pas si l'interdiction d'épouser la femme de son frère vise un frère quelconque (consanguin ou utérin) ou uniquement un frère germain. C'est en examinant l'éten-

(9) *Lév.* XVIII, 18.

(10) *Yeb.*, 49 a.

due de l'exception à la règle, qu'on peut parfois arriver à déterminer celle de la règle elle-même. Dès lors, le lévirat étant une exception à l'interdiction d'épouser sa belle-sœur, là où le lévirat n'entre pas en jeu (11), l'interdiction n'existe pas non plus. Ainsi, de même qu'un homme n'est pas soumis au lévirat, c'est-à-dire à l'obligation d'épouser la veuve de son frère *utérin* lorsqu'il est mort sans postérité, de même il ne lui est pas non plus interdit d'épouser la veuve lorsque son frère utérin décédé avait laissé une postérité. Par contre, de même qu'un homme est tenu au lévirat envers son frère *consanguin* mort sans postérité, de même la veuve de ce dernier lui est interdite lorsque le défunt avait laissé des descendants.

2° Passons au mariage entre oncles et nièces, neveux et tantes, et remarquons que, tandis que la loi interdit expressément le mariage entre tante et neveu (12), elle n'édicte aucune prohibition de mariage entre oncle et nièce. Et quoique le degré de parenté soit le même dans les deux cas, nous ne nous croyons pas en droit de tirer un argument *a pari* pour étendre la prohibition d'un cas à l'autre, car la loi établissant les prohibitions de mariage non par degrés, mais par cas et par voie d'énumération, force nous est de reconnaître le caractère limitatif de cette énumération. D'autre part, la loi talmudique, loin de prohiber le mariage entre oncle et nièce, le recommande même (13). Cette différence entre les deux cas si similaires n'en est pas moins illogique et injustifiable; elle est inconnue du droit canonique qui prohibe le

(11) *Yeb.*, 17 b.

(12) *Lév.* XVIII, 12, 13.

(13) *Yeb.*, 62 b.

mariage aussi bien entre oncle et nièce qu'entre tante et neveu.

3° Le mariage entre enfants de premier lit de deux époux n'est pas prohibé (14). Sans doute, un fils et une fille, issus de deux mariages antérieurs à l'union de leur père et mère respectifs, ne peuvent pas être considérés comme parents de sang. Si donc, quelques docteurs du Talmud palestinien s'élèvent contre un mariage pareil, c'est uniquement pour des raisons de convenance.

De même, d'après le Talmud babylonien, la marâtre de sa femme ne figure pas parmi les personnes qu'un homme ne doit pas épouser, tandis que le Talmud de Jérusalem la lui interdit (15).

4° Le mariage entre cousins est parfaitement permis (16).

La loi talmudique, comparable sur ce point, au droit canonique, étend les prohibitions de mariage à la parenté et à l'alliance naturelles. Ainsi un homme ne peut pas épouser la fille de sa concubine (au moins pendant la vie de celle-ci).

L'alliance constitue un empêchement au mariage, même lorsqu'elle a été produite par un mariage nul, pourvu toutefois qu'il ait été consommé. Par contre, aucun lien d'alliance ne résulte d'un mariage qui s'est dissous avant d'avoir été consommé. Ainsi, la loi talmudique, se rapprochant encore sur ce point de la loi canonique, fait reposer l'alliance sur la cohabitation (17).

L'alliance et les empêchements qui s'ensuivent subsistent même après le divorce ou le décès de l'époux qui l'a pro-

(14) *Sota*, 43 b ; *E. H.*, XV, 11.

(15) *T. de Jér. Yeb.*, II, 4 ; *E. H.*, XV, 24.

(16) *E. H.*, XV, 17.

(17) *E. H.*, XV, 31.

duite. Ainsi, par exemple, le mari ne peut pas, après le décès de sa femme, en épouser la fille même naturelle.

Quant aux sanctions des mariages incestueux, nous avons vu qu'elles étaient de deux sortes (nous faisons abstraction de la peine de mort dont la loi mosaïque frappait certains cas d'inceste) :

A) La nullité du mariage (pour les prohibitions bibliques).

B) Le divorce obligatoire (sanctionnant les extensions talmudiques).

De plus, les enfants issus de pareilles unions étaient des « Mamzerim » (18) (terme qui désigne des bâtards incestueux ou adultérins) et comme tels, ne pouvaient, ni eux, ni leurs propres descendants, se marier avec des israélites.

TABLEAU DES DEGRES PROHIBES

Empêchements bibliques

Extensions talmudiques

PARENTÉ

a) *En ligne ascendante*

La mère.

La grand'mère, l'arrière-grand'mère... *ad infinitum* (paternelle ou maternelle).

b) *En ligne descendante*

La fille (non mentionnée).

L'arrière petite-fille... *ad infinitum*.

La petite-fille.

(18) *M. Kid.*, III, 12 ; *E. H.*, VIII, 1-5 .

c) *En ligne collatérale*

La sœur.	La sœur du grand-père
La sœur du père.	(maternel ou paternel).
La sœur de la mère.	La sœur de la grand'mère.

ALLIANCE

a) *Résultant de son propre mariage*

La belle-mère (la mère de sa femme).	La grand'mère de sa femme... <i>ad infinitum</i> .
La fille de sa femme.	
La petite-fille de sa femme.	
La sœur de sa femme.	L'arrière petite-fille de sa femme... <i>ad infinitum</i> .

b) *Résultant du mariage de ses proches parents*

La femme du père (marâtre).	La marâtre du père ou de la mère... <i>ad infinitum</i> .
La femme de l'oncle paternel (frère germain ou consanguin du père).	La femme du grand'oncle paternel.
	La femme de l'oncle paternel (frère utérin du père).
La femme du fils.	La femme de l'oncle maternel.
La femme du frère (excepté le cas du lévirat).	La femme du petit-fils... <i>ad infinitum</i> .

§ 2. — *Divorce antérieur entre les mêmes époux*

La loi mosaïque interdit aux époux divorcés de se remarier, lorsque la femme avait dans l'intervalle contracté un nouveau mariage rompu par le divorce ou le décès du mari (1).

De cette disposition, la loi donne la raison suivante : « Le premier mari ne pourra pas la reprendre après qu'elle a été souillée... » (verset 4). Sans doute, estimait-elle, que, s'il était permis de reprendre la femme qu'on avait répudiée après qu'elle s'était remariée et qu'elle avait été de nouveau répudiée, rien n'empêcherait de le faire souvent et le pays serait rempli du scandale de la promiscuité.

En partant de cette justification morale de la prohibition, on pourrait toutefois s'étonner que la loi y assimile la veuve à la femme divorcée et interdise le remariage dans les deux cas, bien que du point de vue moral, ils ne soient pas comparables. Cela pourrait paraître d'autant plus surprenant que la femme divorcée avait dans la législation biblique une situation légale et sociale inférieure à celle de la veuve. On ne peut justifier cette assimilation qu'en supposant que le législateur n'ait pas voulu faire de différence entre le cas de la veuve et celui de la femme deux fois divorcée, et permettre à la veuve de reprendre son premier mari, pour que le peuple, ne comprenant pas la différence qui existe au point de vue moral entre les deux cas, n'arrive à permettre aussi à la femme deux fois divorcée de revenir au premier mari.

Remarquons une autre particularité difficilement conciliable avec le fondement moral de l'empêchement : si, au lieu de se remarier, la femme divorcée n'avait formé qu'une

(1) *Deut.*, XXIV, 1-4 ; *Yeb.*, 11 b.

liaison illicite avec un autre homme, le remariage avec son ancien époux ne lui serait pas défendu.

De même si le deuxième mariage que la femme divorcée avait contracté n'était pas légalement valable, ou s'il n'était valable que d'après la loi rabbinique (comme par exemple, le mariage avec un sourd-muet), ce convol en secondes noces de la femme ne ferait plus obstacle à ce que les anciens époux se remariassent.

Ajoutons que même si la femme n'avait pas convolé en secondes noces après son divorce, les anciens époux n'étaient pas toujours libres de se remarier d'après le Talmud. Ils ne le seraient notamment pas dans deux cas (2); lorsque le divorce entre eux avait été prononcé pour cause :

1° d'inconduite notoire de la femme;

2° de la stérilité de la femme.

Il va de soi que le convol en secondes noces du mari ne constitue pas un empêchement au remariage des anciens époux. Une assimilation pareille serait inconcevable dans une législation qui, sans la consacrer expressément, admet pourtant l'existence de la polygamie.

§ 3. — *Complicité d'adultère*

Déjà, dans le septième de ses dix commandements (1), Moïse proclame le caractère sacré et inviolable du mariage.

Par des avertissements pleins de menaces, l'Écriture Sainte (2) met en garde les Hébreux contre des relations adultérines qu'elle considère comme des infractions des plus graves.

(2) *Ghittin*, 45 b, 46 b ; *E. H.*, X, 3.

(1) *Exode*, XX, 17.

(2) *Proverbes*, II,

Il faut noter que la loi hébraïque ne connaît et ne réprime que l'adultère de la femme. L'homme marié qui entretient des relations avec une femme non mariée ne commet point d'adultère. Cette différence de traitement s'explique, si l'on considère que, la polygamie étant licite, le commerce d'un homme avec une femme non mariée ne pouvait lui être imputé à crime, puisqu'il lui appartenait de le légitimer en épousant sa complice.

Par contre, à la femme mariée est assimilée, au point de vue de l'adultère, la femme fiancée (3), car les fiançailles des Israélites ne sont en réalité pas autre chose que le mariage lui-même.

La loi mosaïque punit de la peine de mort la femme adultère et son complice (4). Elle n'énonce nulle part l'impossibilité pour les deux complices de se remarier, mais cette impossibilité résulte certainement de la peine qui leur est appliquée.

Dans un seul cas l'adultère n'était pas punissable, notamment, lorsque la femme prouvait y avoir été contrainte (l'homme seul était puni de mort) (5). Encore les docteurs établirent-ils plus tard une distinction entre la contrainte morale et la contrainte physique. La femme a-t-elle consenti sous menace de mort à commettre l'adultère, la morale de l'époque veut qu'une femme renonce à la vie plutôt que de manquer à son devoir de fidélité; elle est assimilée à une femme coupable d'adultère volontaire, librement consenti, et est passible de la même peine.

Mais a-t-elle été amenée à commettre l'adultère sans

(3) *Deuteronome*, XXII, 22, 23.

(4) *Idem*.

(5) *Deut.*, XXII, 25.

aucun consentement de sa part, dans des circonstances telles qu'il ne dépendait plus d'elle de l'empêcher, on ne l'en rend plus responsable, elle n'est plus considérée comme coupable et son mari doit reprendre avec elle la vie conjugale, excepté toutefois le cas où son mari serait prêtre, un des descendants d'Aron. Ces derniers, en effet, étant destinés au service de Dieu et du Temple, devaient particulièrement veiller à la pureté de leurs relations familiales.

Lorsqu'à l'époque romaine, le jus gladii fut retiré aux Israélites, la peine de mort ne pouvant plus être appliquée, fut remplacée par le divorce obligatoire pour le mari.

Répudiée comme infidèle, la femme ne pouvait plus jamais, même après la mort de son mari, épouser son complice (6). Si, en dépit de cette prohibition, le mariage a été néanmoins contracté, il devait être rompu par le divorce (7) et cela, sans considérer si le fait de l'adultère était prouvé avant ou après ce mariage (8).

La peine de mort et le divorce qui est venu la remplacer plus tard ne s'appliquaient qu'à la femme adultère surprise en flagrant délit. Mais la loi mosaïque prévoit aussi le cas de l'adultère non flagrant. Il va de soi que la preuve en est difficile à administrer. La loi vient en aide au mari qui a des doutes sur la fidélité de sa femme et met à sa disposition une cérémonie d'un caractère très solennel, sorte de jugement de Dieu ou épreuve par les eaux amères (9).

Pour accuser une femme d'infidélité (10), deux conditions sont requises :

(6) *Sota*, 25 a.

(7) *Yeb.*, 24 b.

(8) *E. H.*, XI, 2.

(9) *Nombres*, V, 11-13.

(10) *M. Sota*, I, 1.

1° Que le mari ait sommé sa femme, devant témoins, de cesser tout rapport avec l'homme qu'il soupçonne.

2° Que, nonobstant cet avertissement, la femme se soit isolée avec le même homme, ce fait devant être attesté par des témoins.

Lorsque ces deux conditions sont réunies, la femme devient une « Sota », c'est-à-dire, qu'elle est soupçonnée d'adultère; et quoique la preuve directe de l'adultère n'ait pas encore été faite, le mari doit cesser tout rapport intime avec son épouse. Il doit la traduire devant le Tribunal suprême siégeant à Jérusalem, où les juges s'efforcent de l'amener à faire des aveux.

Se laisse-t-elle persuader, son aveu n'a pour elle d'autres conséquences que le divorce et la perte de son douaire.

Continue-t-elle au contraire à affirmer son innocence, le conflit subsiste; et cette procédure devant le Tribunal n'ayant pas abouti à la révélation de la vérité, on se rend au Temple où l'on procède à l'épreuve des eaux amères (11).

L'accusée était alors amenée devant le grand-prêtre; celui-ci déchirait violemment les vêtements de la femme, lui arrachait ses bijoux et ses parures, défaisait sa coiffure; en un mot, on cherchait surtout à la priver de ses attraits pour inspirer aux spectateurs une salutaire horreur du vice.

Le grand-prêtre prenait ensuite de l'eau, y mêlait une pincée de terre prise dans le Temple et prononçait devant la femme la formule de malédiction prescrite par la loi (12); la femme répondait *Amen*.

(11) Comparer avec la question par eaux du Moyen-Age.

(12) *Nombres*, V, 19-22.

Le pontife écrivait alors la même formule sur une feuille et la trempait dans l'eau jusqu'à ce que les lettres en fussent effacées. La femme buvait cette eau pendant que le prêtre offrait l'oblation.

La femme était-elle innocente, les eaux amères n'avaient aucun effet nuisible pour elle et elle pouvait rejoindre le domicile conjugal. Si, au contraire, elle était coupable, les eaux produisaient immédiatement leurs suites néfastes (d'après la Tradition au moins), agissant à l'instar d'un poison et lui causant des souffrances atroces dont elle devait bientôt mourir.

Ainsi, tandis que la femme adultère prise en flagrant délit est soumise à la peine de mort, donc à une peine légale, prononcée et exécutée par des hommes, la femme qui n'est que soupçonnée d'adultère (*Sota*), sans que ce fait ait pu être prouvée, échappe au jugement des hommes pour ne plus être soumise qu'à celui de Dieu.

Il est évident que la cérémonie des eaux amères visait principalement à exercer une pression psychologique sur la femme afin de la déterminer à faire l'aveu de son adultère, et d'intimider les autres femmes, en leur offrant en spectacle la honte de la femme adultère. Enfin, au mari rongé de soupçons, cette épreuve devait rendre la tranquillité d'âme et la confiance en la fidélité de son épouse.

Toute cette procédure, encore en application à l'époque du 2^e Temple, subit par la suite plusieurs modifications talmudiques qui en adoucirent la rigueur, et fut complètement suspendue par le Sanhédrin, sous l'influence de R. Yohanam, b. Zakaï, aux environs de l'an 70 (13). Elle fût remplacée par les dispositions talmudiques suivantes :

(13) *M. Sota* IX, 3, 9 ; 47 a.

1° Lorsque le mari a sommé sa femme de cesser tout rapport avec l'homme qu'il soupçonne, et que la femme, malgré cet avis donné devant témoins ait continué de s'isoler avec cet homme, le mari doit la répudier et l'homme avec lequel elle s'est isolée ne doit pas l'épouser. Si, néanmoins, il l'épouse, il est également obligé de la répudier, même s'il a eu avec elle des enfants.

2° Mais, lorsque le mari n'a pas sommé sa femme et qu'il l'ait répudiée uniquement sur la déposition des témoins attestant sans aucune preuve les relations illicites de la femme (14), celle-ci ne doit pas, même dans ce cas, épouser son complice, lorsqu'il y a des indices graves, corroborés par une rumeur publique sur leurs rapports adultérins.

Si, malgré ces indices, les accusés se sont mariés, ils doivent divorcer s'ils n'ont pas d'enfants, mais leur mariage est valable si des enfants en sont issus.

§ 4. — *De quelques cas de suspicion*

1° Lorsqu'un homme apporte le témoignage du décès du mari absent, la femme de ce dernier peut, sur la foi de ce témoignage, contracter un nouveau mariage, mais elle ne doit pas épouser le témoin, car on peut le soupçonner d'avoir affirmé la mort du mari, dans le dessein d'épouser sa femme (1).

Si le décès du mari est attesté par deux témoins, la femme peut épouser l'un d'eux, car en présence de deux témoins, le même soupçon ne se conçoit pas.

(14) Selon certains interprètes, le mari n'est pas obligé, dans ce cas, de divorcer d'avec sa femme (Yeb., 24 b, Tos.).

(1) E. H., XII, 1.

2° De même, la loi talmudique interdit à toute personne, ayant figuré dans une instance en divorce d'une femme, d'épouser cette dernière, toujours sur le fondement de la même supposition qu'il a été déterminé d'apporter un faux témoignage par le désir de l'épouser.

3° Au cas où une femme mariée avait fait un vœu d'abstinence la mettant dans l'impossibilité de remplir son devoir conjugal envers son mari, et qu'un docteur ayant refusé de la délier de ce vœu, le divorce soit intervenu, le dit docteur n'a pas le droit d'épouser la femme pour éviter tout soupçon sur l'impartialité de son refus (2). Cette disposition s'entend, comme la première, d'un seul docteur et ne s'applique pas à un tribunal composé de plusieurs juges.

4° La loi talmudique défend à une femme de se remarier lorsqu'elle est devenue deux fois veuve (3).

On dit qu'il existe des femmes avec lesquelles le commerce sexuel est dangereux. Si une femme a perdu successivement deux maris, on estime qu'elle fait partie de cette catégorie de femmes dangereuses et on lui interdit d'épouser un troisième homme, de crainte qu'il ne meure aussi.

Remarquons que l'interdiction ne joue qu'en cas de mort naturelle des deux époux précédents de la femme. Si l'un d'eux était mort à la suite d'un accident, d'une épidémie, ou était d'un âge très avancé, la veuve serait parfaitement libre de convoler une troisième fois (4).

Les codes discutent la question de savoir si le tribunal peut forcer au divorce un homme qui, au mépris de la prohibition avait épousé une femme deux fois veuve (5).

(2) *E. H.*, XII, 2.

(3) *Yeb.*, 64 b.

(4) *E. H.*, IX, 6.

(5) *Ibid.*

Il paraît que cette prohibition talmudique n'est pas un véritable empêchement au mariage et ne doit être considérée que comme une mesure de précaution. Le mariage conclu au mépris de cette règle serait quand même valable. Encore le mari aurait-il la possibilité de répudier sa femme et de lui faire perdre son douaire, en alléguant qu'il ignorait, au moment de se marier, les deux veuvages précédents de sa femme.

§ 5. — *Personnes de naissance adultérine ou incestueuse*

« Un mamzer (bâtard) n'entrera pas dans la communauté de Jahvé, même la deuxième génération n'y entrera pas », déclare le Deutéronome (1).

Ce passage est considéré, même par les anciens commentateurs, comme établissant un empêchement au mariage entre les Israélites et les mamzerim, quoique la phrase « n'entrera pas dans la communauté de Jahvé », littéralement entendu, n'enlève au mamzer que la qualité de citoyen.

Quelle est l'exacte signification du mot « mamzer » ? Cette expression comprend en principe, des enfants de deux catégories :

1° Les enfants incestueux, c'est-à-dire nés du commerce de deux personnes entre lesquelles il existait un empêchement au mariage reposant sur la parenté ou l'alliance.

On discutait la question de savoir si l'inceste devait ou non être frappé de mort ou d'extermination (châtiment céleste) pour conférer à l'enfant la qualité de mamzer (2).

Sont appelés mamzer même les enfants issus d'un mariage

(1) Chap. XXIII, 3.

(2) *Yeb.*, 49 a.

putatif, c'est-à-dire lorsque les deux époux ignoraient le lien qui les empêchait de contracter un mariage valable.

2° Les enfants adultérins, c'est-à-dire nés du commerce adultérin d'une femme mariée. Citons quelques exemples (3) :

Si une femme, dont le mari est absent, met au monde un enfant douze mois après le départ de son mari, l'enfant est un mamzer. Si l'enfant n'est pas né plus de douze mois depuis l'éloignement du mari, on le présume de naissance tardive et il est légitime.

La computation du délai se fait par mois et non par jours, de sorte que, en supposant que le mariage avait lieu le dernier jour du premier mois de l'année et la naissance le premier jour du septième mois, un enfant qui est né en fait 5 mois et 2 jours depuis la célébration du mariage, est encore un enfant légitime.

Si, à la suite de l'absence prolongée de son mari, la femme, en le croyant mort, contracte un nouveau mariage, les enfants issus de ce mariage deviennent des mamzerim, lorsqu'il est prouvé qu'au moment où la femme se remariait, son premier mari était encore vivant (4). Toutefois, il convient de distinguer suivant que l'enfant issu du second mariage est né du vivant du premier mari ou après sa mort. Dans le premier cas, l'enfant est mamzer selon la Bible même, dans le second il ne l'est que d'après les Sopherim; et cette distinction n'est pas sans intérêt, car les bâtards de cette dernière catégorie ne peuvent pas se marier avec ceux de la première catégorie (5).

Est aussi mamzer, l'enfant d'une femme mariée, valable-

(3) *E. H.*, IV, 14.

(4) *E. H.*, IV, 16.

(5) *M. Yeb.*, X, 2.

ment désavoué par le mari; de même l'enfant mis au monde par la fiancée pendant qu'elle vit encore dans la maison paternelle, lorsque son fiancé affirme n'avoir pas entretenu de relations intimes avec elle.

Sont enfin mamzerim, mais des mamzerim douteux, les enfants d'une femme dont les fiançailles ou le divorce sont douteux. Les bâtards de cette dernière catégorie, de même que les enfants trouvés dont le père est inconnu, ne peuvent point se marier, même pas entre eux (6). (Ils ne peuvent épouser que des prosélytes.) (7)

Ils ne doivent pas se marier entre eux, car il est possible que l'un des époux soit mamzer tandis que l'autre se révèle ne pas l'être, soit que le père de l'enfant trouvé se fasse connaître, soit que le doute qui pèse sur le mamzer douteux soit levé (8).

Un mamzer ne doit pas épouser une Israélite et vice-versa. Si le mariage est contracté au mépris de cette prohibition, l'enfant qui en est issu est aussi un mamzer, que ce fût le père ou la mère qui ait eu cette qualité, c'est-à-dire qu'il suit l'état inférieur de son auteur. De plus, il ne doit pas à son tour épouser une ou un Israélite. « Jusqu'à la dixième génération », ils ne peuvent être purifiés (9).

Un mamzer ne peut épouser qu'une mamzer, ou une esclave juive ou une prosélyte, mais toujours les enfants issus de ces mariages restent des bâtards et perpétuent cette tache dans leur postérité (10). Il n'y avait pour un mamzer

(6) *M. Kid.*, IV, 3.

(7) *Idem.*

(8) *E. H.*, IV, 24, 36.

(9) Cependant le Talmud s'efforce d'atténuer la situation des Mamzerim. Il arrive même à considérer la mamzer douteux comme un non-mamzer. (*Kid.*, 73; *E. H.*, IV.)

(10) *E. H.*, IV, 22, 24.

qu'un seul moyen d'en affranchir sa descendance : c'était d'épouser une esclave et d'acquérir l'affranchissement des enfants qu'il aurait avec elle (11). En effet, les esclaves n'ayant pas la capacité juridique de passer un contrat, le mariage d'un Israélite avec une esclave est nul, par conséquent l'enfant qui en est issu, suit la condition de sa mère, devient esclave et n'hérite point de la qualité de son père (12).

§ 6. — *Impuissance artificielle*

La Bible et le Talmud considérant la procréation comme le but principal du mariage, interdisent toute union dans laquelle ce but ne pourrait être atteint. En conséquence, sont exclus du mariage, certains individus physiologiquement mal conformés (1), tels que les castrés, les androgynes (personnes qui tiennent des deux sexes), les « Toumtoum » (personnes dont le sexe n'est pas déterminé) et les individus qui sont devenus impuissants par suite d'une maladie ou d'un accident.

En dehors des cas des androgynes et des toumtoum, l'impuissance ne constitue un empêchement au mariage que lorsqu'elle est artificielle et n'affecte pas l'individu dès sa naissance (2). Toutefois, une femme adulte chez laquelle, malgré son âge avancé, les signes de la puberté n'ont point paru, ne peut contracter un mariage valable; elle s'appelle « Aïlonit » (incapable) (3).

L'androgynisme n'est pas totalement exclu du mariage : on

(11) *Idem.*, 20.

(12) *E. H.*, XLIV, 9.

(1) *Deut.*, XXIII, 2.

(2) *E. H.*, V, 10.

(3) *E. H.*, XLIV, 4.

lui permet d'épouser une femme, mais son mariage avec un homme n'est pas valable (4).

L'impuissance survenue par suite de la vieillesse ne constitue pas un empêchement au mariage. Le Talmud n'interdit pas le mariage aux personnes d'un âge avancé; il ne condamne que le mariage entre personnes d'une différence d'âge trop choquante, et cela uniquement pour des raisons de convenance (5).

Si l'impuissance accidentelle n'était pas temporaire, et que l'époux qui en était atteint pouvait en être relevé plus tard par suite d'une intervention chirurgicale, le mariage n'en serait pas moins nul. Nous pouvons déduire cette solution par analogie avec le droit des obligations. Selon le droit talmudique, est nul tout contrat dont l'exécution était impossible au moment de sa passation, fût-elle même devenue possible par la suite; ainsi la vente de la chose d'autrui est nulle, même si le vendeur s'était rendu par la suite propriétaire de la chose vendue (6).

Or, la procréation étant, comme nous l'avons déjà dit, une obligation essentielle du contrat de mariage, ce dernier doit être nul, si au moment de sa formation l'un des époux était incapable d'exécuter ladite obligation.

(4) *Idem*, 5.

(5) *Yeb.*, 106 b.

(6) *Yeb.*, 93 a.

SECTION II

CONSIDÉRATIONS D'ORDRE RELIGIEUX

§ 1.^{er} — *Mariages mixtes*

Déjà à l'époque prémosaïque, on trouve des traces évidentes d'une hostilité à l'égard des unions avec des étrangers. Les patriarches s'imposaient un devoir de se maintenir dans l'isolement des peuples voisins, qui étaient tous des païens. L'alliance avec les filles de ces peuples voisins était considérée comme une mésalliance.

Les patriarches choisissent leurs femmes dans leur propre famille. Sara, femme d'Abraham, était sa sœur consanguine (1). Abraham conjure son fils, Isaac, de ne point prendre pour femme une fille de Canaan (2). L'alliance d'Essaü avec une Héthéenne est très mal vue de ses parents (3); Jacob son frère est expressément sommé de ne point suivre son exemple (4).

Dans ces témoignages il n'est pas impossible de trouver ce sentiment national qui, par souci de la conservation de la race et de la pureté du sang, désapprouve toute alliance avec des tribus étrangères. Mais au fond de cette hostilité envers « l'étranger » se trouve aussi la considération d'ordre religieux qui condamne le mariage entre personnes pratiquant des religions différentes; surtout si l'on songe que le peuple d'Israël était monothéiste au milieu d'une multitude de peu-

(1) *Genèse*, XX, 12.

(2) *Gén.*, XXIV, 3.

(3) *Gen.*, XXVI, 35, XXVI, 46.

(4) *Gen.*, XXVIII, 1.

ples païens. Souvent même, on voit le souci de la pureté du sang passer à l'arrière-plan pour faire place au souci de la pureté de la foi.

Les textes que nous trouvons à ce sujet dans la Bible ne prohibent pas le mariage avec l'étranger d'une façon générale. Le Pantateuque ne prévoit que les cas qui pouvaient se présenter à son époque; il se préoccupe des peuples voisins, c'est-à-dire des anciens possesseurs de la Palestine (désignés sous le nom de « sept nations ») qui étaient les Héthéens, les Gergéséens, les Amorrhéens, les Cananéens, les Pheriséens, les Hivéens, les Jébuséens (5), auxquels il faut ajouter les Moabites, les Ammonites, les Iduméens et les Egyptiens.

Les textes ne mentionnent point de peuples avec lesquels l'alliance serait permise. La loi n'accorde expressément ce privilège à aucun peuple. En enlevant ce droit à certains peuples qu'elle désigne, la Bible statue par voie d'exclusion, tantôt conditionnelle, tantôt absolue :

1° Exclusion conditionnelle des Iduméens et des Egyptiens : « Vous n'aurez point l'Iduméen en abomination parce qu'il est votre frère; ni l'Egyptien, parce que vous avez été étrangers en son pays. »

« Ceux qui seront nés de ces deux peuples, entreront à la troisième génération dans la communauté de Jahvé. » (6).

L'expression « entrer dans la communauté de Jahvé », fut entendue par certains interprètes dans le sens d'une naturalisation accordée aux petits-enfants des Iduméens et des Egyptiens qui s'étaient établis en Palestine. Dans l'interprétation talmudique, elle signifie « être admis au mariage »; par les mots « la troisième génération », elle entend la des-

(5) *Deut.*, VII, 1.

(6) *Deut.*, XXIII, 7, 8.

cendance des prosélytes. Par conséquent le Talmud permet le mariage avec les petits-enfants des Iduméens et des Egyptiens, mais à condition que leurs aïeux se soient convertis au Judaïsme.

2° Exclusion absolue. Deux groupes de peuples en sont atteints. Le premier à cause d'une antipathie nationale; le second pour des motifs religieux.

a) Les Moabites et les Ammonites.

« L'Ammonite et le Moabite n'entreront jamais dans la communauté de Jahvé; non pas même après la dixième génération » (7). Le mariage avec ces deux peuples fut donc prohibé pour toujours, « parce qu'ils n'ont pas voulu venir au-devant de vous avec du pain et de l'eau, lorsque vous étiez en chemin, au moment de votre sortie d'Egypte... » (Verset 4).

L'interprétation talmudique (8) du texte a limité cette prohibition de mariage aux Moabites et Ammonites du sexe masculin, qui sont exclus de la communauté israélite, ainsi que toute leur descendance, même après leur conversion au judaïsme; tandis qu'elle permet le mariage avec les femmes prosélytes appartenant à ces peuples. On peut supposer que l'origine du roi David qui était descendant de Ruth la Moabite, n'a pas été sans influence sur cette distinction talmudique.

Une interprétation logique aurait dû conduire à faire la même distinction pour les Iduméens et les Egyptiens; et si elle ne fut pas admise, c'est peut-être à cause des changements qui sont intervenus dans la situation politique des peuples de l'Asie.

(7) *Deut.*, XXIII, 3.

(8) *Yeb.*, 76 b.

L'antipathie contre Moab et Ammon, exprimée dans la Bible en termes si violents s'est adoucie considérablement au cours des temps, car ces deux peuples sont, à la suite d'événements politiques, devenus inoffensifs, tandis que l'antipathie contre Edom n'a fait que croître sous le règne oppressif d'Hérode et de ses descendants qui étaient d'origine iduméenne (9).

b) Les sept nations cananéennes.

« Vous ne contracterez pas de mariage avec ces peuples, vous ne donnerez point vos filles à leurs fils, ni vos fils n'épouseront leurs filles. » (10)

La raison de cette prohibition est aussi clairement indiquée dans le texte : « parce qu'elles séduiront vos fils et leur persuaderont de m'abandonner et d'adorer des dieux étrangers plutôt que moi » (verset 4). Dans ce texte ne se manifeste plus le souci de préserver la tribu de tout mélange, de la protéger contre le contact avec les peuples qu'on méprise ou auxquels on garde une rancune nationale. C'est la crainte, fondée sur des expériences amères, que ces mariages mixtes ne mettent en péril la religion des ancêtres.

Ainsi, nous trouvons dans la Bible, les deux considérations mises en avant dans toute polémique sur la question des mariages mixtes : l'élément national et l'élément religieux.

A ces deux motifs de la prohibition, pourrait s'ajouter une autre considération d'ordre plutôt formaliste. Les païens de l'Asie ne connaissaient que la cohabitation pour valider les mariages, sans laquelle ils considéraient le mariage comme nul. Les Juifs ont reconnu en principe qu'un mariage fait de cette manière était irrévocable; mais ils défendaient

(9) L. Loëw, *Eherechtliche Studien.*, p. 120.

(10) *Deut.*, VII, 3; *Exode*, XXXIV, 15, 16.

aux Israélites d'épouser les femmes selon ce mode païen. Rab (Amora babylonien de la première moitié du 3^e siècle), punissait de la peine du fouet celui qui épousait une femme par la cohabitation (11).

La prohibition des mariages mixtes devait-elle se limiter aux nations visées par la Bible ? ou devait-elle être étendue à d'autres nations non énumérées par les textes ? La question était très discutée dans le Talmud.

Esdras et Néhémie, qui sont à la tête des Judéens au v^e siècle avant J.-C., n'ont pas hésité à étendre les cadres de la prohibition. Rappelant au peuple l'interdiction des mariages mixtes, ils prêchaient l'expulsion du sein de la colonie israélite de toutes les femmes étrangères, parmi lesquelles il y avait aussi des femmes persanes, que de rares israélites épousèrent pendant leur exil à Babylone et qu'ils emmenèrent avec eux en retournant en Palestine (12). Et pourtant, les Persans ne figuraient point parmi les nations prohibées par la Bible. On pourrait conclure de là que sont exclus du mariage avec des Israélites, non seulement les nations désignées par la Bible, mais plus généralement tout le monde païen et cela pour le même motif qui est à la base de l'exclusion de « septem gentes », à savoir le motif religieux. C'est l'opinion de R. Siméon b. Yohai (Tanna de la seconde moitié du II^e siècle), selon lequel l'interprétation et l'application de la loi doit être déterminée par le but de celle-ci. Tandis que R. Juda se prononce contre l'extension de la prohibition (13).

La prohibition des mariages mixtes ne vise pas les prosélytes. Excepté ceux d'origine cananéenne, les Ammonites et

(11) *Yeb.*, 52 a.

(12) *Esdras* X.

(13) *Kid.* 68 b.

les Moabites de sexe masculin, les prosélytes peuvent donc épouser des Israélites. Toutefois, il était nécessaire que leur conversion fût sincère et complète.

Ainsi, le « Gher Toschab » (14), l'étranger qui n'adopte qu'une partie des prescriptions mosaïques reste exclu du mariage avec les Israélites. Il était considéré, du point de vue ethnique, comme étranger, quoiqu'il fût monothéiste. Car, dans le droit matrimonial talmudique, le dogme n'est pas pris en considération (15) et n'a aucune influence sur la validité du mariage; ce à quoi ce droit s'attache, c'est la nationalité. Un Juif de naissance qui nierait l'unité de Dieu, n'est pas pour cela incapable d'épouser une Juive (16). C'est aussi par cette indifférence à l'égard du dogme que pourrait s'expliquer l'absence dans le Talmud de toute prohibition de mariage avec les judéo-chrétiens.

Une disposition spéciale est consacrée dans la loi mosaïque à la prisonnière de guerre (17). La loi permet au guerrier israélite d'épouser la femme étrangère qu'il a faite captive, mais elle entoure ce mariage de nombreuses formalités. Selon la Tradition, ces dernières seraient destinées à détourner l'Israélite de ce mariage parfaitement légal pourtant. La Hagada (18) voit d'un œil défavorable cette union : elle considère la loi relative à la prisonnière de guerre comme une concession faite aux bas instincts et dont ne devrait point profiter un homme sachant se dominer.

Sur la nationalité et la religion de la captive, la loi

(14) C'est un étranger païen demeurant en Palestine qui doit observer les lois civiles du pays mais qui n'est point soumis aux lois et coutumes religieuses.

(15) L. LOEW, *op. cit.*

(16) *Yeb.*, 47 b. ; E. H., XLIV, 9.

(17) *Deut.*, XXI, 10-19.

(18) *Kid.*, 21 b.

mosaïque ne contient aucune disposition, mais le Talmud décide qu'elle ne doit pas appartenir à l'une des sept nations cananéennes et qu'elle doit embrasser la religion d'Israël avant la célébration du mariage (19).

R. Akiba fonde cette dernière solution sur le texte même où il est dit : « elle pleurera son père et sa mère un mois durant... », en comprenant sous le deuil du père et de la mère, le deuil de la religion qu'elle devait renier.

L. Loew (20) a démontré que, du point de vue historique, il ne peut être question dans ce texte d'une conversion au Judaïsme pour la raison que le Pentateuque ne connaît point le prosélytisme et n'y fait nulle part allusion.

Cette notion n'apparaît que dans les écrits bibliques plus récents, tels les livres de Zacharie, d'Isaïe II, d'Esther, ce qui prouve que le berceau du prosélytisme était non la Palestine, mais la Perse, l'exil babylonien. R. Eliazar b. Pedath, natif de Babylonie, disait que Dieu a dispersé Israël parmi les nations afin qu'il fasse des prosélytes.

Comment Loew expliquait-il que la loi mosaïque ait permis le mariage avec la prisonnière païenne ? « Parce qu'elle était séparée de la communauté dont elle faisait partie, parce qu'elle ne devait pas emporter avec elle les symboles de son culte... »

La prohibition des mariages mixtes était peu observée au temps des Juges, certains Juges même ayant épousé des femmes étrangères. Pendant la royauté, elle fut enfreinte par le roi Salomon qui épousa une princesse égyptienne. Mais le penchant vers le mariage mixte semble avoir disparu après ce roi, en même temps que déclinait le commerce interna-

(19) *Yeb.*, 48 b.

(20) *Op. cit.*

tional dont ce roi était l'animateur. Parmi les rois d'Israël et de Juda, deux seulement ont épousé des femmes étrangères. Après la destruction du premier Temple et pendant l'exil, la prohibition fut moins observée par les Juifs qui sont restés dans le pays que par ceux qui ont été exilés en Babylonie. L'élite de la nation, qui vivait sur la terre étrangère, conservait mieux l'esprit national et religieux que la masse ignorante qui était restée dans le pays et qui s'est presque amalgamée avec les nations voisines également subjuguées.

Il est fort probable qu'à l'époque hellénistique, l'aristocratie judéenne se soit alliée à des étrangers. Mais dès la fin du premier siècle avant notre ère, les Pharisiens veillent jalousement à la pureté de la race. La haine contre Rome ne fera qu'accroître l'aversion contre toute alliance matrimoniale avec les païens.

Quelle est la sanction de la prohibition des mariages mixtes ? La loi biblique, après avoir édicté la prohibition, omet de se prononcer sur la valeur juridique du mariage contracté en violation de la loi.

Le Talmud déclare que le mariage d'une femme israélite avec un païen ou un esclave païen n'est pas valable (21), mais l'enfant qui en est né est « kascher », c'est-à-dire qu'il est l'égal de l'Israélite de naissance irréprochable (22). L'enfant, au contraire, qui est né d'une mère païenne et d'un père israélite, n'est pas Israélite.

En somme, le droit talmudique adopte, relativement à l'état des enfants issus des mariages mixtes, des solutions conformes au principe : *Qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequitur*.

(21) *Yeb.*, 45 a.

(22) *Kid.*, 68 b; *Yeb.*, 45 a.

Les codes rabbiniques n'attribuent aucune valeur légale au mariage mixte. Voici comment s'exprime à ce sujet Maïmonide (1135-1204) dans son traité du mariage (Hilkhot Ischout, IV, 15) :

« Si quelqu'un épouse une esclave ou une étrangère, le mariage est nul et la femme est, après le mariage, dans la même condition qu'auparavant; et il en est ainsi lorsqu'un étranger ou un esclave épouse une Israélite. »

Le rabbin Jacob ben Ascher (mort en 1340), dans Eben Haézer (XLIV, 9), s'exprime aussi nettement que l'auteur précèdent :

« Celui qui épouse une esclave ou une étrangère accomplit un acte nul; celles-ci n'ont pas, en effet, la capacité juridique pour contracter mariage. »

§ 2. — *Empêchements relatifs aux prêtres (Cohanim)*

Les descendants d'Aron avaient le devoir de veiller plus particulièrement à la pureté de leurs relations matrimoniales, parce qu'ils étaient voués au service du Temple.

C'est pourquoi la loi biblique leur interdit d'épouser certaines femmes qui ne sont pas prohibées aux autres Israélites.

Malgré l'abolition de la prêtrise après la destruction du Temple, la loi talmudique a conservé ces prohibitions de mariage particulières aux prêtres et les a même étendues à d'autres cas non prévus par la Bible.

Les empêchements concernant les prêtres ne s'appliquaient évidemment qu'aux descendants mâles d'Aron; les femmes n'ayant aucune mission relevant du service des obla-

tions, étaient libres d'épouser toutes les personnes permises aux femmes israélites ordinaires.

Selon la Bible (1) les prêtres ne doivent pas épouser :

1° Une femme « halala », profanée. (Femme qui a eu commerce avec un homme que la loi lui défend d'épouser.)

2° Une prostituée.

3° Une femme répudiée par son mari.

En plus de ces trois catégories de femmes prohibées aux simples prêtres, le Grand-Prêtre ne doit pas épouser :

4° Une veuve.

« Il prendra pour femme une vierge », dit le verset 13.

La loi talmudique augmente la liste des femmes interdites aux prêtres en y ajoutant :

1° Une veuve, qui, par l'accomplissement de la cérémonie du déchaussement, s'était libérée de l'obligation d'épouser le frère de son époux décédé (2). (Voir lévirat.)

2° Une prosélyte (3).

3° La fille d'une mère israélite et d'un père étranger. Nous nous souvenons que, suivant le statut de la mère, elle n'est pas considérée comme une étrangère et peut par conséquent épouser un Israélite, mais elle est interdite à un prêtre.

4° La fille d'un prêtre née d'un mariage avec une femme qui lui était interdite (4).

5° Une femme qui avait été faite captive (5).

La sanction de ces empêchements au mariage consiste dans l'obligation imposée au prêtre de répudier la femme qu'il avait épousée en violation de la loi.

(1) *Lév.*, XXI, 7, 14.

(2) *Yeb.*, 20 a ; *E. H.*, VI.

(3) Cette prohibition est discutée dans le Talmud, *Yeb.* 60 b ; *Maimonide*, *Issour Bia*, XVII.

(4) *Kid.*, 77 a.

(5) *Ket.*, 22 a. ; *E. H.*, VII.

Remarquons que, par rapport aux enfants issus des mariages défendus, le Talmud faisait une différence entre ceux qui étaient défendus seulement aux prêtres, et ceux qui l'étaient pour tous les Juifs. L'enfant issu d'une cohabitation défendue à tous les Juifs s'appelait « mamzer », bâtard, ou (quand il s'agissait d'une défense d'un degré inférieur), « passoul », incapable. L'enfant issu d'une cohabitation défendue seulement aux prêtres s'appelait « halal », profané; il n'était pas comme le « mamzer » et le « passoul », frappé d'une incapacité de contracter mariage avec les Israélites; il était seulement incapable d'exercer la prêtrise, mais cela résultait du fait que, le mariage de ses parents n'étant pas valable, l'enfant suivait le statut de sa mère et n'héritait pas de la qualité de prêtre de son père (6).

(6) *M. Kid.*, III, 12.

TITRE II

CONDITIONS POSITIVES

Ces conditions sont relatives au consentement et à la capacité et se retrouvent dans toutes les législations modernes. Les détails de leur application varient bien d'une législation à l'autre, mais leur fond fait partie du patrimoine juridique commun à toute organisation sociale, ayant atteint un certain degré de développement.

SECTION I

CONSENTEMENT

Le mariage, comme tout contrat, requiert pour sa validité le consentement de deux parties.

Les parties acquièrent le pouvoir légal de consentir à leur mariage dès leur majorité. Le mariage contracté par des mineurs est nul et de nul effet (1).

Mais si le consentement de l'homme était toujours requis pour la validité du mariage, il n'en était pas de même de celui de la femme. La femme majeure devait bien consentir à son mariage pour qu'il fût valable, mais, d'après la Bible, la fille mineure pouvait être mariée par son père, même contre son gré. D'après la loi rabbinique, la fille mineure pouvait aussi être mariée par sa mère ou ses frères lorsque

(1) *Kid.*, 50 b ; *E. H.*, XLIII, 1.

son père était mort, mais dans ce cas le consentement de la fille était indispensable à la validité du mariage.

Il est probable qu'à l'époque biblique, le père avait le droit de disposer aussi de la personne de ses fils, mais dans le droit talmudique on n'en trouve plus trace. Le père n'y a plus d'autorité sur son fils, les gains et revenus de celui-ci n'appartiennent plus au père et le fils mineur ne peut point, comme la fille, être marié par son père.

Ainsi la loi talmudique requiert le consentement de l'homme et de la femme (majeure), mais elle n'exige pas leur comparution personnelle. C'est ainsi qu'elle admet la possibilité du mariage par procuration (2).

Les personnes privées de raison, n'étant pas capables d'émettre un libre consentement, ne peuvent conclure un mariage valable, de même qu'elles ne peuvent passer aucun contrat (3).

Le mariage avec un fou ou un idiot serait un mariage malheureux, « car comment peut-on vivre avec un serpent sous le même toit » (4).

De ce texte il apparaît que l'incapacité des aliénés d'émettre un consentement éclairé n'est pas l'unique raison de la nullité de leur mariage, et que le législateur y ajoute encore le souci d'empêcher des unions malheureuses.

Cette dernière raison justifierait la défense faite aux aliénés de se marier même pendant les intervalles de lucidité. Car si le mariage avec un aliéné était considéré comme devant être malheureux, il le serait dans un cas comme dans l'autre, qu'il fût contracté dans une période de lucidité, ou

(2) *E. H.*, XXXV.

(3) *E. H.*, XLIV, 2.

(4) *Yeb.*, 112 b.

pendant que l'aliéné ne jouissait pas de ses facultés mentales.

Mais les docteurs post-talmudiques témoignent de l'indulgence à l'égard du mariage conclu dans un intervalle lucide, en décidant qu'il ne peut être rompu que par un divorce (5).

Les personnes qui ne sont atteintes que de faiblesse d'esprit, sont capables de contracter un mariage valable (6).

Les auteurs du moyen-âge déclarent nul le mariage conclu en état d'ivresse complète (7).

Le Talmud prévoit aussi le cas des sourd-muets et déclare leur mariage nul, vu qu'ils ne peuvent pas exprimer leur volonté en paroles (8). On les assimilait aux aliénés. Plus tard, on a admis la validité du mariage des sourd-muets tout en exigeant qu'ils soient éclairés, au moyen de gestes et de signes, par les personnes de leur entourage, sur la signification et l'importance de l'acte qu'ils accomplissent. Encore ce mariage, n'étant valable que d'après la loi rabbinique, n'a pas tous les effets d'un mariage légal (9).

§ 1. — *Des vices du consentement*

Violence. — Le libre consentement des deux parties est en principe requis pour la validité du mariage.

Certaines autorités font toutefois une distinction, selon

(5) *E. H.*, XLIV, 2.

(6) *Idem* ; *Yeb.*, 113.

(7) *E. H.*, *idem.*, 3 ; *Maïm.*, *H. J.*, IV, 19.

(8) *Yeb.*, 112 a

(9) *Yeb.*, 112 b ; *E. H.*, *idem.*, 1 ; *Maïm.*, *idem.*, 9.

qu'il s'agit du consentement de la femme ou de celui de l'homme (1).

Le consentement de la femme (majeure) obtenu par la violence, rend le mariage nul. Au contraire, l'homme qui consent à son mariage sous l'empire de la violence reste valablement marié.

Comment expliquer cette différence de traitement favorable à la femme, différence qui ne peut que nous étonner dans une législation qui, à la manière orientale, est plutôt favorable à l'homme ?

La raison donnée par les textes de cette différence est la suivante. Alors que la femme ne peut obtenir le divorce sans le consentement de son mari, celui-ci peut rompre le mariage sans le consentement de sa femme et contre son gré même. Dès lors, si le mari a été amené par la violence à conclure le mariage, point n'est besoin de le considérer comme nul; car le mari qui se refuse de l'accepter n'a qu'à répudier sa femme.

Que la violence ait pour effet d'invalidier le mariage, cela est également peu conforme à la tendance générale du Talmud, qui compare le mariage à un contrat.

Cette contradiction, le Talmud (2) la relève lui-même en disant, qu'au fond, le mariage même entaché de violence n'en devrait pas moins rester valable, de même que la vente passée sous l'empire de la violence est valable, du moment que l'acheteur a versé le prix. Ainsi, dans la conception talmudique, la nullité du mariage entaché de violence apparaît comme une exception au principe « *tamen coactus voluit* ». Cette exception est faite au profit de la femme, mais elle ne

(1) E. H. XLII ,1

(2) Baba Batra, 48 b.

s'applique pas à l'homme; et bien qu'on qualifie le mariage de ce dernier de « douteux », il faut cependant pour le rompre recourir au divorce.

Par le terme de violence, le Talmud comprend l'emploi d'une force physique à laquelle il est impossible de résister. Il ne fait pas mention de la violence morale faisant naître une crainte insurmontable dans l'esprit du contractant, ni du dol. Mais il parle de l'erreur.

L'erreur ne constitue un vice du consentement que lorsqu'elle porte sur l'identité de la personne de l'un des futurs époux, ou sur une qualité essentielle de celui-ci, ou sur toute autre qualité expressément stipulée sous forme de condition.

Elle entraîne la nullité du mariage, lorsqu'elle porte sur une qualité ou un fait stipulée au moment du mariage (ou plus exactement des fiançailles). Mais lorsque le consentement a été donné sans condition ni réserve, l'erreur ne donne lieu qu'au divorce.

a) Le cas d'erreur sur l'identité de la personne pouvait se présenter en fait, parce que, le droit hébreu admettait le mariage par procuration.

Supposons qu'une personne envoie un mandataire pour contracter mariage en son nom, et que celui-ci prononce la formule du mariage (3) en son nom propre et pour lui-même, c'est lui qui devient le mari de la femme. S'il prétend avoir agi ainsi par erreur et avoir voulu en réalité contracter le mariage pour son mandant, la femme devient l'épouse de ce dernier (4).

Toutefois, le mariage conclu dans ces circonstances par

(3) « Te voilà sanctifié pour moi, selon la Loi de Moïse et d'Israël. »

(4) E. H., XXXV, 9.

le mandataire ne reste pas sans effets sur sa personne, car, d'après certains docteurs du Talmud, il reste marié avec la femme, tant qu'il ne lui délivre pas une lettre de divorce.

b) La virginité de la femme est considérée dans la législation biblique et talmudique comme une qualité essentielle de l'épouse.

Lorsque le mari, au lendemain de son mariage, accuse sa femme de n'avoir point été vierge, les parents de celle-ci sont appelés à prouver l'innocence de leur fille. S'ils y réussissent, le mari calomniateur est frappé, par la Bible, d'une triple pénalité : Il subit la peine du fouet, il doit verser au père de sa femme une amende de 100 sicles d'argent et il ne peut plus jamais répudier sa femme.

Si c'est, au contraire, le mari qui triomphe dans le procès, la nouvelle mariée doit être lapidée (5).

Dans le droit talmudique, l'absence de virginité constitue une cause légale de divorce. Mais il faut ajouter que le divorce prononcé ainsi au tort de la femme lui fait perdre son douaire, tandis que si le mari répudiait sa femme (ce qu'il est toujours libre de faire) sans une cause légale consistant dans une faute de celle-ci, elle conserverait ses avantages matrimoniaux.

Si l'homme avait entretenu avec sa fiancée des rapports de familiarité avant le mariage, l'absence de virginité de celle-ci ne lui conférerait plus le droit de la répudier. La loi talmudique exige aussi que le mari ait porté sa plainte devant le tribunal au lendemain même de la noce (6).

Lorsqu'il est prouvé que la femme avait trahi son futur époux pendant la durée des fiançailles, le divorce est obliga-

(5) *Deut.*, XXII, 13-21.

(6) *Ket.*, 3 b; 11 b; 12 a; *Yeb.*, 111 b.

toire (7), car la fiancée est, au point de vue de l'adultère, assimilée à la femme mariée. Lorsque la suspicion de l'adultère n'est pas vraisemblable, le divorce est facultatif pour le mari et la réduction du douaire légale est la seule question en jeu, car la femme n'ayant pas été vierge n'a plus droit qu'au douaire de 100 zouz au lieu de celui de 200 zouz propre aux vierges.

En ce qui concerne la question de la preuve, le droit talmudique admet que la femme ne peut réfuter l'accusation du mari, à moins de s'appuyer sur des témoignages (8). La femme est par contre crue sur parole lorsqu'elle prétend avoir été violée après les fiançailles (9) ou avoir été victime d'un accident (10), auxquels cas son douaire est réduit à 100 zouz.

c) L'erreur portant sur toute autre qualité de la personne, telle que : l'âge, la réputation, la fortune, etc., ne vicie pas le consentement donné au mariage (11), à moins qu'elle ne fût expressément stipulée sous forme de condition.

On admet toutefois que le mari peut répudier sa femme s'il découvre en elle un défaut physique « insupportable », tel que : une mauvaise haleine, un eczéma, une voix masculine (12).

Dans l'antiquité le mariage se faisait souvent entre personnes qui ne se connaissaient point. Le mari était donc excusable de n'avoir pas remarqué les défauts de la femme.

(7) *Ket.*, 9 a.

(8) *Ket.*, 10 a.

(9) *Ket.*, 12 b.

(10) *Ket.*, 13 a.

(11) XXXVIII, 24.

(12) *Ket.*, 75 a. ; 77 a. ; *E. H.*, XXXV, a.

Par contre, il était du devoir de celle-ci de les lui faire connaître.

A ses défauts physiques la loi assimile certains vœux faits par la femme et jugés intolérables, tels que le vœu de ne pas manger de viande, de ne pas boire du vin ou de ne pas porter de bijoux. La femme, qui épouse un homme sans lui faire connaître les vœux qu'elle a faits auparavant, peut être répudiée et perd son douaire (13).

Lorsque le mari répudie sa femme à cause de ses défauts physiques ou de ses vœux, dont il n'a pas eu connaissance avant le mariage, certains docteurs qualifient ce divorce de « douteux » car, disent-ils, il n'est pas certain que le mari n'aurait point épousé la femme s'il avait connu ses défauts (14).

§ 2. — *Du consentement donné sous condition*

Au moment des fiançailles, l'homme ou la femme peuvent subordonner leur consentement à certaines conditions. Dans ce cas la validité du mariage dépend de la réalisation de ces conditions.

Pour comprendre les dispositions relatives au consentement conditionnel, il faut songer à cette particularité du droit hébreu que le mariage se formait en deux traits de temps, les fiançailles (Kidouschin) et la noce (Nissouin), entre lesquels un délai d'un mois ou d'un an pouvait s'écouler. La non réalisation des conditions stipulées au moment des fiançailles permettait de faire rompre le mariage.

Mais la célébration du mariage ou sa consommation équivalaient à une renonciation tacite aux conditions stipulées, de sorte que leur non réalisation ne viciait plus le

(13) *Ket.*, 72 b.

(14) *Ket.*, 73 b.

mariage (15). La forme défectueuse dans laquelle les conditions ont été stipulées faisait également tomber ces dernières et laissait subsister le mariage (16).

Les conditions, à la réalisation desquelles un époux veut subordonner son consentement doivent être expressément stipulées selon la forme prévue par la loi talmudique (17). Les formes ainsi imposées par la loi à la stipulation des conditions sont d'ailleurs communes à tous les contrats (18). La validité de la condition résolutoire n'est subordonnée à aucune forme légale (19); celle de la condition suspensive est la suivante :

La phrase qui énonce la condition doit toujours précéder la phrase qui contient son effet juridique; en outre, la condition doit être exprimée dans une forme positive; le stipulant doit ensuite répéter la condition dans une forme négative et exprimer ce qui doit avoir lieu au cas où la condition n'est pas réalisée.

Par exemple, l'homme désireux de subordonner la validité de son mariage à l'approbation de son père, doit s'exprimer de la façon suivante :

« Si mon père consent, » (condition sous forme positive);

« tu deviendras ma femme » (effet juridique).

« Si mon père ne consent pas » (condition sous forme négative);

« tu ne deviendras pas ma femme » (effet juridique).

Les conditions impossibles sont nulles et n'affectent pas la validité du mariage.

(15) *E. H.*, XXXVIII.

(16) *Idem.*

(17) *Kid.*, 61 a.

(18) *Maïm.*, H. J., VI, 1.

(19) *Idem.*, 17.

Mais la question s'est posée dans le Talmud en ce qui concerne les conditions illicites. L'auteur du Eben Haézer se range de l'avis de ceux qui les considèrent comme valables (20); par exemple, l'homme impose à la femme, comme condition suspensive à leur mariage, de faire un voyage le jour du Sabbat et, bien que la loi l'interdise, celle-ci ne devient son épouse si elle n'accomplit pas la condition.

§ 3. — *Du consentement des parents*

Lorsque les époux sont majeurs l'un et l'autre, leur consentement est à la fois nécessaire et suffisant.

La Bible ne dit nulle part que l'autorité paternelle prend fin à l'arrivée des enfants à un âge déterminé. Dans les récits bibliques, souvent le père choisit une femme pour son fils. Abraham envoie son serviteur prendre une femme pour son fils Isaac (Genèse, chap. XXIV); Samson, amoureux, demande à ses parents de lui prendre pour femme celle qu'il désire avoir. (Juges, chap. XIV, 2). Dans le deuxième livre du Pentateuque (Exode, chap. XXI, 10), nous lisons : « ...s'il fait épouser à son fils une autre femme ».

Mais, quelquefois aussi, le fils exerce lui-même son choix et agit même contrairement à la volonté de ses parents. Les mariages d'Essaü avec des femmes de tribus étrangères n'ont certainement pas été consentis ni approuvés par Isaac. (Genèse, chap. XXVI, 34).

La loi talmudique n'exige pas le consentement des parents au mariage de leurs enfants majeurs, même pas pour le

(20) *Ghittin* 84 a ; *E. H.*, XXXIII.

mariage de la fille (1). Mais est-ce à dire que ce consentement serait nécessaire pour la validité du mariage des mineurs ?

La question ne présente pas d'intérêt en ce qui concerne le jeune homme, car la majorité se confondant, dans la loi juive, avec la puberté, le mariage d'un mineur serait, en tant que mariage d'un impubère interdit, fût-il même muni de l'assentiment des parents (2).

Par contre la question du consentement des parents se pose dans le cas de la jeune fille mineure. La loi permet au père de marier sa fille impubère (3), mais ce mariage serait nul s'il avait été conclu sans le consentement du père (4). On discutait la question de savoir si ce mariage était bien nul de plein droit ou si la fille impubère devait, pour redevenir libre, à la fois, casser son mariage par une déclaration solennelle de refus, appelée « Mioun », et obtenir une lettre de divorce. Elle devait divorcer parce qu'il est probable qu'en réalité, le père avait consenti au mariage, auquel cas ce dernier serait valable et ne pourrait être rompu que par un divorce. De plus la fille devait casser son mariage par le « Mioun » afin qu'il ne laisse pas subsister d'empêchements. (Les empêchements fondés sur l'alliance subsistent après que le mariage qui l'a produite est rompu par un divorce.)

La Halakha et les codes rabbiniques se prononcent pour la nullité pure et simple du mariage et n'admettent pas la nécessité d'une double formalité du Mioun et du divorce (5).

Le consentement du père est requis aussi bien pour le mariage de sa fille mineure que pour ses fiançailles.

(1) *Kid.*, 79 a.

(2) *E. H.*, XXXVII, II ; XLIII, 1.

(3) *M. Ket.*, IV, 4 ; *Kid.* 3 b.

(4) *Kid.*, 43 b, 44 a, 44 b.

(5) *Kid.*, 46 a ; *E. H.*, XXXVII ; *Maïm.*, H. J., III, 13.

Lorsque le père, ayant donné son consentement aux fiançailles de sa fille, part en voyage, et que celle-ci épouse son fiancé à l'insu du père, le mariage est nul (6).

SECTION II

CAPACITÉ

§ 1. — *Différence de sexe*

La loi ne mentionne pas expressément cette condition, sans doute parce qu'elle résulte naturellement du devoir de procréation qu'elle impose aux gens mariés (1). Elle s'impose d'ailleurs par un argument à fortiori, puisque la Bible et le Talmud interdisent le mariage à certains individus physiologiquement mal conformés.

§ 2. — *Puberté*

La loi hébraïque, comme toutes les législations orientales, favorise les mariages jeunes. Une Beraïta recommande de marier les enfants à l'âge de la puberté (2).

L'homme et la femme sont libres de se marier dès l'âge de la puberté, puisque dès ce même âge ils sont considérés comme majeurs.

Pour déterminer l'âge de la puberté, le Talmud s'en rapporte à l'apparition de certains signes physiques, et d'après

(6) *Kid.*, 45 b.

(1) *Genèse*, 1, 28.

(2) *Yeb.*, 62 b.

l'époque à peu près fixe où ils commencent à paraître, il déclare le jeune homme pubère et majeur à l'âge de 13 ans révolus et la jeune fille à l'âge de 12 ans, ou de 12 ans et demi (3). Jusqu'à l'âge de 12 ans, la jeune fille s'appelle « Ketana » (la petite); à partir de cet âge jusqu'à celui de 12 ans et demi, elle s'appelle « Naàra » (la jeune); après 12 ans et demi révolus elle est nubile. Jusqu'à l'âge de 12 ans et demi la jeune fille reste sous la tutelle du père; tout ce qu'elle gagne ou trouve appartient à ce dernier(4).

Tandis que le jeune homme ne peut pas être marié avant l'âge de la puberté. Le père peut marier sa fille impubère à son insu et contre son gré (5). Ce mariage est pleinement valable, la fille n'a aucun moyen de le casser une fois parvenue à la majorité ou à la puberté.

Si le mariage, ainsi conclu par le père, se dissout par la mort du mari ou par le divorce avant d'avoir été consommé, la fille retombe sous la tutelle de son père et peut de nouveau être mariée sans son consentement. Mais si le mariage est dissous après sa consommation, celle-ci produit en quelque sorte les effets d'une émancipation. La fille est désormais considérée comme majeure, elle échappe à la tutelle paternelle et ne peut plus être mariée contre sa volonté (6).

Lorsque son père est décédé, la fille impubère peut aussi être mariée par sa mère ou par ses frères, mais dans ce cas la loi exige son consentement; orpheline de son père, elle ne peut pas être mariée contre son gré (7). Toutefois, la validité de ce mariage n'est que relative, car, arrivée à l'âge de

(3) *Nidda*, 45 a ; *Maïm. H. J.*, II, 1, 10.

(4) *Ket.*, 46 b.

(5) *Kid.* 41 a.

(6) *Ket.*, 43 b ; *E. H.*, XXXVII, XLIII.

(7) *M. Yeb.*, XIII, 1, 2.

la majorité, la fille a un droit d'option en vertu duquel elle peut accepter le mariage ou le refuser.

Prend-elle le premier parti, le mariage est parfait sans être célébré de nouveau, car l'option exercée par la femme joue à l'instar d'une confirmation.

Opte-t-elle, au contraire, pour l'autre parti, en refusant son mariage par une déclaration appelée « Mioun » (8), le mariage conclu pendant sa minorité est considéré comme non avenü et la femme redevient libre sans procéder au divorce (9).

Le mariage rompu par Mioun n'a aucune conséquence défavorable à la femme. Il ne laisse pas subsister d'empêchements au mariage entre la femme et les proches parents de son ex-mari et il ne met pas obstacle au mariage de la femme avec un prêtre (ce qui serait l'effet normal d'un mariage rompu par un divorce, les prêtres ne devant pas épouser des femmes divorcées) (10).

L'orpheline mineure peut aussi se marier sans le consentement de sa mère ou de ses frères et son mariage est valable s'il est démontré que la jeune fille avait assez d'intelligence pour conserver son Mohar (l'argent des fiançailles). Mais, même dans ce cas, elle conserve le droit du Mioun, elle peut refuser son mari, une fois majeure (11).

Que penser de tous ces mariages précoces ? Le père avait à l'époque biblique le droit de marier sa fille sans lui demander son consentement, de même qu'il pouvait la vendre comme esclave ou concubine (12).

(8) *Yeb.*, 107 b ; 108 a.

(9) *E. H.*, CLV ; Maïm H. Gherouschin, XI.

(10) *Ket.*, 101 a.

(11) *Yeb.*, 107 b ; *Ghittin*, 65 a.

(12) *Exode*, XXI, 7.

Le Talmud ne peut que reconnaître la validité de ce mariage fait par le père, puisque la loi mosaïque le permettait et qu'il est écrit : « et le père dira : J'ai donné ma fille à cet homme pour femme » (Deutéronome, chap. XXII, v. 16).

Mais dans plusieurs passages le Talmud condamne ces mariages et conseille au père de les éviter. Rab, qui était la plus grande autorité rabbinique du III^e siècle, proteste avec véhémence contre la pratique des mariages prématurés.

« Juda dit au nom de Rab : Il est défendu de marier sa fille quand elle est mineure; il faut attendre qu'elle devienne majeure et qu'elle dise : je veux épouser l'homme que mes parents me donnent; car il est défendu aux parents de marier leur fille sans son consentement. » (13)

« Pourquoi permet-on de faire des mariages des mineures orphelines ? — Pour que cette orpheline ait quelqu'un pour la protéger. » (14)

Ce qui poussait les pères vers cette coutume de marier leurs filles mineures, c'est, après tout, le désir louable de les préserver du dénuement dans lequel les laissait souvent la mort du père (15).

En règle générale les mariages ainsi conclus n'étaient pas consommés, avant que les parties aient atteint l'âge de la puberté.

A l'époque post-talmudique, les rabbins ont interdit de marier une fille impubère et contraint le père d'attendre qu'elle devienne majeure afin qu'elle puisse choisir librement son parti.

(13) *Kid.*, 41 a.

(14) *Yeb.*, 112 b.

(15) *Kid.*, 41 a, *Tossaphot*.

DEUXIEME PARTIE

CONDITIONS DE FORME REQUISES POUR LA VALIDITÉ DU MARIAGE

La loi biblique ne mentionne point de formes déterminées pour la conclusion du mariage.

Les peuples antiques adoptaient généralement le mode le plus simple et le plus naturel pour valider leurs mariages, à savoir, la cohabitation. C'était le seul mode employé par les païens encore à l'époque talmudique, comme le Talmud l'affirme toutes les fois qu'il en a l'occasion. C'était aussi le mode adopté par les Hébreux à l'époque des Patriarches.

Laban a eu beau célébrer une noce avec grande pompe à l'occasion du mariage de Jacob, il a pu faire de longs préparatifs, et de grandes cérémonies selon l'usage de la haute société d'alors; aucun autre acte que la cohabitation ne pouvait rendre le mariage irrévocable, autrement c'eût été Rachel et non pas Léa qui serait devenue l'épouse légitime de Jacob, malgré toutes les ruses de Laban (1).

Isaac épouse Rebecca sans aucun cérémonial. « Isaac la fit entrer dans la tente de Sara sa mère, et la prit pour femme. » (Gen., XXIV, 67.)

Ainsi le mariage est, dans l'antiquité hébraïque, dépouillé de tout caractère religieux et formaliste.

(1) *Gen.*, XXIX, 23.

C'était, comme le dit un auteur récent (2), une affaire traitée au comptant : « The money for the bride paid and the bride delivered ». Le mariage se forme par un seul acte qui consiste dans l'union des époux, union précédée et suivie de danses, de musique et de festins joyeux.

Toutefois, dans la Bible déjà nous apercevons une distinction entre deux fonctions différentes dans le mariage. Il est vrai que la Bible ne connaît point de période des fiançailles correspondant à celle qui, à l'époque talmudique, sépare la noce des fiançailles par un délai d'un an. Mais la distinction occasionnellement faite dans la loi mosaïque (3) entre la femme fiancée et la femme mariée laisserait supposer l'existence de quelque formalité marquant ces deux états différents.

Le festin des noces qui se prolongeait durant sept jours constituait un terrain favorable à la formation d'un statut particulier à la « Aroussa », femme qui, quoique mariée, demeure encore dans la maison paternelle. De cette semaine de noce serait sortie plus tard la période talmudique des fiançailles.

Ce n'est qu'à l'époque du 2^e Temple, alors que la loi talmudique se développa sur la base du Code mosaïque, que certaines formalités légales furent établies pour la conclusion du mariage. Toutefois, de ces modifications il n'est fait mention ni dans le livre d'Esdras, ni dans aucune tradition remontant à Esdras. On ne les trouve relatées que beaucoup plus tard, par les Tannaïm, par conséquent vers la fin du 2^e Temple.

Le mariage tel qu'il était pratiqué antérieurement, le

(2) Epstein, *The Jewish, marriage contract*.

(3) *Deut.*, XX, 7 ; XXII, 23, 27.

mariage se formant par la cohabitation, n'est pas supprimé; il est légalement valable, mais il est sévèrement blâmé par les docteurs du Talmud (4).

Le mariage tel qu'il est entré dans les mœurs des Hébreux après leur retour de Babylonie, le mariage talmudique, présente un aspect plus complexe. Il se forme par deux actes distincts, appelés Kidouschin (fiançailles) et Nissouin (noce, mariage), entre lesquels s'écoule un certain laps de temps.

A une époque plus récente, s'y ajouta un troisième acte précédant les fiançailles et appelé « Schidoukhin ». C'est une convention passée entre l'homme, la femme et les parents de ceux-ci, convention par laquelle les futurs époux s'engagent à s'épouser dans l'avenir; c'est une sorte de promesse de mariage sans fixation de date, se rapprochant bien plus de nos fiançailles actuelles que les Kidouschin (mot que nous traduisons par « fiançailles » à contre-cœur, car les deux notions ne se couvrent pas complètement, les Kidouschin ayant des conséquences bien plus importantes que les fiançailles de nos jours).

A partir du 3^e siècle, il fut considéré comme inconvenant de se fiancer sans promesses de mariage préalables (5); « sans doute pour éviter des fiançailles trop précipitées et conclues sans mure délibération de part et d'autre » (6).

Nous étudierons dans deux chapitres les Kidouschin et les Nissouin et nous parlerons dans un troisième chapitre de la Ketouba, en tant du moins que cet acte constituait à l'origine un élément de validité du mariage même.

(4) *M. Kid.*, I, 1 ; *Kid.*, 12 b ; *E. H.*, XXVII, 14.

(5) *Kid.*, 12 b ; *Yeb.*, 52 a ; *E. H.*, XXVI, 4 ; *Maïm.*, H. J., III, 22.

(6) WEILL, *La femme juive*, p. 22.

CHAPITRE PREMIER

KIDOUSCHIN OU ERDOUSSIN

§ 1. — *L'importance des fiançailles en droit hébreu*

Comme nous l'avons déjà dit, les Kidouschin du droit hébreu représentent un acte beaucoup plus important que les fiançailles de nos jours qui ne sont qu'une simple promesse réciproque de se prendre plus tard comme mari et femme, promesse ne pouvant aboutir au mariage obligatoire, susceptible d'être rompue unilatéralement et ne donnant lieu, le cas échéant, qu'à des dommages-intérêts.

Dans la législation hébraïque, les Kidouschin n'étaient pas une simple promesse de mariage, c'était l'acte le plus important de la conclusion du mariage.

Toutes les prescriptions talmudiques relatives aux empêchements au mariage, aux vices du consentement, aux modes de conclusion du mariage, s'appliquent aux Kidouschin ou Eroussin.

La fiancée, appelée « Aroussa », est assimilée à la femme mariée. Les deux fiancés sont à maints égards considérés comme déjà mariés.

1) La fiancée infidèle est déjà dans la Bible traitée comme la femme adultère et punie de la peine de mort, tout comme si elle était déjà mariée (1).

(1) *Deut.*, XXII, 24 ; *M. Sanhédrin*, VII, 4.

2) Les fiançailles ou le mariage conclus par une femme déjà fiancée à un autre homme sont nuls et non avenue (2).

3) Le lien créé par les fiançailles ne peut être rompu que par le divorce ou la mort de l'une des parties (3).

4) La femme dont le fiancé est mort est assimilée à la veuve et ne doit pas, en cette qualité, épouser un grand prêtre (4).

5) La fiancée jouit des avantages que confère à l'épouse la situation sociale de son mari. Si ce dernier est prêtre, sa fiancée peut, tout comme l'épouse du prêtre, manger la « terouma » (5). Ainsi le voulait une Mischna ancienne, mais les docteurs postérieurs ont décidé que la femme ne mange de la « terouma » qu'à l'expiration du délai de 12 mois qui constituent la période des fiançailles; et plus tard, ce droit ne lui fut accordé qu'après les nissouin (la noce) (6).

6) Le fiancé exerce, pendant la période des fiançailles, certaines prérogatives inhérentes à la puissance maritale. Il peut notamment, en accord avec le père de sa fiancée, annuler les vœux et serments faits par celle-ci (7).

Anciennement, le fiancé avait probablement aussi des droits étendus sur le patrinroine de la femme, mais ces droits lui furent enlevés peu à peu, à mesure qu'on attachait plus de portée à la célébration du mariage.

Ce qui caractérise en effet le développement historique

(2) *Kid.*, 60 a.

(3) *M. Kid.*, I, 1.

(4) *Lév.*, XXI, 14 ; *M. Yeb.*, VI, 4.

(5) La part qu'on donnait aux prêtres et que personne ne devait manger, excepté les prêtres, leurs femmes, leurs enfants et les gens de leur maison.

(6) *Ket.*, 57 a ; *Kid.*, 5 a.

(7) *M. Ned.*, X, I ; *Ket.* 78 a ; le père de la jeune fille libre exerce seul ce droit (*Nombres*, XXX, 4, 6).

du mariage juif, c'est que (sauf en ce qui concerne l'adultère et les modes de dissolution des fiançailles), l'importance des Nissouin va en augmentant aux dépens de celle des fiançailles.

A l'origine, la division de l'acte unique du mariage en deux, l'apparition du mariage s'accomplissant en deux traits de temps, avait uniquement pour effet de retarder la *deductio in domum mariti* de la fiancée. Les Eroussin ou Kidouschin restaient le seul, le véritable mariage. Leur importance n'était diminuée en rien du fait que la communauté de vie ne commençait que plus tard. La Ketouba était confectionnée au moment des fiançailles et tous les droits et obligations qu'elle énonçait prenaient naissance dès ce moment. La loi ne pouvait pas priver le mari de ses droits légitimes en raison du fait que la coutume exigeait que la *deductio in domum mariti* se fit quelque temps après les fiançailles.

Mais l'usage s'était introduit au temps de Tannaïm de séparer la noce des fiançailles par un intervalle d'une année, pendant laquelle la fiancée demeurerait dans la maison de son père, en attendant que les nissouin la fassent entrer dans celle de son mari. Il était naturel de voir un jour naître l'idée que la fiancée n'était pas une véritable épouse jusqu'à la célébration du mariage par les nissouin, et que jusqu'à ce jour elle devait rester sous la puissance de son père.

En accord avec cette idée, la loi devait constamment enlever au fiancé les prérogatives maritales dont il jouissait auparavant pendant la période des fiançailles, ainsi que le libérer des obligations qui lui incombait durant la même période et qui étaient naturellement la contrepartie de ses droits.

1) Ainsi lui fut enlevé le droit de jouissance sur les biens de la fiancée. Ce droit trouvait sa place naturelle à l'époque

où la dot et les autres biens de la femme étaient délivrés au mari au moment des fiançailles. Mais à une période tannaïque plus récente, le transfert de ces biens ne s'effectuant qu'après les nissouin, le mari n'en reçut la jouissance qu'à ce moment (8).

2) Le fiancé ne succédait pas à sa fiancée décédée pendant la période des fiançailles (9), mais il est probable qu'anciennement le fiancé était héritier de la femme (10).

3) A l'époque des Tannaïm, la fiancée avait droit à son douaire légal en cas de rupture des fiançailles (11) (par la mort du fiancé ou par le divorce imputable à ce dernier). Anciennement elle avait droit même au douaire supplémentaire que lui avait promis le fiancé, mais bientôt elle n'obtint ce droit qu'en cas de dissolution du mariage intervenue après sa célébration (12). Son droit au douaire légal même fut restreint, lorsque, à l'époque des Amoraïm, l'usage s'est introduit de ne rédiger la Ketouba qu'au moment des nissouin, car on a été naturellement amené à considérer ce dernier acte comme le point de départ de toutes les obligations matrimoniales qui y étaient stipulées (13).

4) L'obligation de payer la rançon de la femme prise en captivité et les frais de ses funérailles, lorsqu'elle décède, n'incombe au mari qu'après les nissouin. On considère que ces obligations sont la contrepartie des droits de jouissance et de succession, et de même que le mari ne jouit de ceux-ci

(8) *Yeb.*, 31 b.

(9) *Ket.*, 53 a.

(10) EPSTEIN, *Jewish Marriage Contract*, p. 137, en note.

(11) *Ket.*, 54 b.

(12) *Ket.*, *idem*.

(13) *Ket.*, 89 b ; *E. H.*, LV, 6 ; *Maïm.*, H. J., X, 11.

que du moment des nissouin, de même il ne doit supporter celles-là qu'à partir de ce moment (14).

5) L'homme n'a pas en principe l'obligation d'entretenir sa fiancée. Toutefois une Mischna enseigne que lorsque les 12 mois qui constituent la période des fiançailles se sont écoulés, la femme tombe immédiatement à la charge de son fiancé, quand même le mariage n'aurait pas encore eu lieu (15). (L'obstacle, ajoute Raschi (16), venant de l'homme).

6) La Mischna accorde aussi à la femme le droit de vendre ses biens propres sans l'assentiment de son fiancé (17).

§ 2. — Modes de conclusion des fiançailles

On peut distinguer dans la législation talmudique deux théories bien distinctes sur la formation du mariage ou des fiançailles : l'ancienne et la récente (1).

L'ancienne théorie n'est nulle part clairement formulée mais elle se reflète suffisamment dans les termes de la Ketouba. Celle-ci constate le consentement mutuel des époux et ne mentionne aucun acte particulier qui serait requis à la formation de l'union conjugale.

Cette théorie se reflète aussi dans le livre de Tobie (2) : « Et il (Raguel) appela sa fille Sara, prit sa main et la donna à Tobie pour femme en disant : Vois, prends-la selon la loi de Moïse, et conduis-la dans la maison de ton père. Et il les

(14) *Ket.*, 47 b ; 53 a.

(15) *Ket.*, 57 a.

(16) Commentateur français du *xr*^e siècle (1040-1105).

(17) *M. Ket.*, VIII, 1.

(1) L. LOEW, *Eherechtliche Studien*, III, p. 277.

(2) Livre apocryphe écrit, selon la Critique, au courant du *ii*^e siècle av. J.-C.

bénit. Puis il appela sa femme Edna, prit une tablette, y écrivit le contrat de mariage et le scella. » (Tobie, VII, 9-14.)

On voit dans ce passage que le rôle du fiancé est aussi passif que celui de la fiancée. C'est le père de celle-ci qui accomplit l'acte de mariage.

La deuxième théorie, qui se caractérise par la formule de mariage que doit prononcer le fiancé seul et par certaines formalités imposées aux parties, est sortie de la théorie talmudique du contrat.

C'est, en effet, un principe dominant de ce droit, qu'un contrat ne se fonde pas par le seul consentement des parties. Certaines formalités prescrites par la loi doivent être accomplies pour que le contrat soit valable (3).

Le même principe fut étendu au mariage. Il ne suffit pas que les parties consentent à s'épouser. Il faut que leur consentement se manifeste dans une certaine forme, au moyen d'un certain acte. C'est ainsi qu'on formula le célèbre canon (4) : on acquiert une femme de trois manières, par :

- a) Keseph (argent).
- b) Schetar (acte écrit).
- c) Bia (Copulatio carnalis).

Accompagné de l'un de ces trois actes, le consentement des époux acquiert la validité juridique nécessaire à la formation du mariage.

(3) *Maïm. H. Mekhira*, I, 1 ; II, 8 ; VII, 8, 9.

(4) Voici le texte de la Mischna qui l'énonce : « Une femme est acquise de trois manières et devient libre de deux. On l'acquiert au moyen d'argent (Keseph), l'acte écrit (Schetar) ou de cohabitation (Bia). Par argent : l'école de Schamaï dit : « au moyen d'un denar ou son équivalent » ; l'école de Hillel dit : « au moyen d'une pérouta. Elle devient libre par la lettre de divorce (ghet) ou par la mort de son mari. La Yebama (veuve soumise au lévirat) s'acquiert par la cohabitation et devient libre par le déchaussement (halitza) ou par la mort du Yabam. » (*M. Kid.* I, 1).

Si dans la première phase les deux époux jouent un rôle passif, dans la deuxième, nous voyons le fiancé monter au premier plan; il prononce la formule du mariage et remet l'argent ou l'écrit, la femme reste muette.

a) *Les fiançailles par « Kesseph ».*

En présence de deux témoins, l'homme remet à la fiancée ou à son père, si elle est mineure (5), l'argent ou un objet de valeur, en prononçant les paroles : « Vois, par cet argent tu m'es consacrée, selon la loi de Moïse et d'Israël. » (6) L'expression « consacrée », quoique le plus généralement employée, n'était d'ailleurs pas de rigueur et on pouvait la remplacer par une autre, ayant le même sens : « tu m'es acquise, tu es ma fiancée », « tu es ma femme ». Toutefois, l'homme ne devait pas parler de la façon suivante : « Je suis ton mari », « je suis ton fiancé », car c'est un principe du droit hébreu que c'est l'homme qui doit prendre la femme et que la femme doit être prise par l'homme (7).

C'est par ce trait que les Kidouschin par Kesseph se distinguent de la *coemptio* romaine, dans laquelle la remise d'argent est faite et la formule, exprimant le consentement au mariage, prononcée par les deux parties, la femme aussi bien que l'homme. Dans les fiançailles juives la femme reste passive, son consentement résulte de son acceptation tacite de l'argent.

Lorsque l'homme prononce la formule : « Vois, par cet argent tu es... » et que la femme prend l'argent et le jette

(5) *M. Ket.*, IV, 4.

(6) *Kid.*, 5 b.

(7) *Kid.*, 2 b ; 5 b (Raschi). Ce principe est fondé sur l'expression employée par la loi mosaïque : « Si un homme prend une femme » (*Lév.*, XX, 14).

dans la mer ou dans le fleuve, elle est valablement fiancée. La femme a manifesté son consentement en prenant possession de l'argent; on ne tient pas compte de l'emploi qu'elle lui avait donné ultérieurement. Mais si, aux paroles de l'homme, elle riposte : « Donne-le (l'argent) à X... », elle n'est pas fiancée. La loi présume que la femme, en n'acceptant pas l'argent et en répondant dédaigneusement « donne-le à une autre », a entendu manifester son refus d'épouser l'homme (8).

Le montant du Kesseph des fiançailles variait selon les époques et selon la fortune des parties. Toutefois, pour produire son plein effet juridique, le Kesseph ne devait pas être inférieur en valeur à un certain minimum, qui était, selon les uns, un dinar, selon les autres une perouta (9).

On ne pouvait pas se fiancer avec moins d'une perouta, mais on pouvait substituer à celle-ci un objet quelconque de valeur équivalente : un gobelet de vin, quelques fruits, une branche de myrte (10). On pouvait aussi acquitter l'argent des fiançailles sous forme de services, de travail (11). Une Beraïta examine le cas d'une femme qui apporte de l'or à un orfèvre et lui dit : « Confectionne-moi des bracelets, anneaux et bagues et je serai ta fiancée. » (12)

Quelle est la signification de cette petite pièce de monnaie qui est suffisante pour conclure des fiançailles ? Les auteurs (13) qui soutiennent que le mariage du droit hébreu n'est qu'un contrat par lequel l'homme achète une femme, sont naturellement portés à voir dans l'argent des fiançailles

(8) *Tos Kid.*, II, 8.

(9) La plus petite monnaie de cuivre en cours en Palestine.

(10) *Kid.*, 7 b ; 9 a ; 45 b ; 52 b ; 12 b.

(11) *Kid.*, 63 a.

(12) *Kid.*, 48 a.

un véritable prix, le prix d'achat de la femme. Pour expliquer le faible montant de ce prix ils présument que la valeur des femmes s'était dépréciée étant donné leur très grand nombre (14). Le Talmud lui-même dit d'ailleurs que les femmes se contentent d'une bagatelle pour avoir un mari (15).

Cette opinion est cependant difficile à soutenir, étant donné que le plus bas prix d'un esclave était d'un denaror (16).

Les auteurs (17) qui refusent de reconnaître que le mariage ait été en droit hébreu une simple affaire d'achat, attribuent à la perouta un caractère purement symbolique. Mais s'il en est ainsi, si la perouta ou son équivalent n'ont pas la nature d'un véritable prix, comment expliquer les prescriptions minutieuses du Talmud relatives à la valeur de l'objet au moyen duquel on épouse une femme, à l'insuffisance de cette valeur et à l'erreur sur la qualité de l'objet donné, faits qui entraînent la nullité des fiançailles ?

Nous n'entrerons pas dans les détails de cette controverse sur la nature des fiançailles conclues au moyen d'argent. Ceci déborderait le cadre de notre exposé.

Nous pensons qu'il n'est pas impossible de voir dans l'argent des fiançailles le vestige d'un véritable prix d'achat de la femme, que le mari devait, à une époque très ancienne, payer au père de celle-ci. Et nous estimons que le mariage de l'époque talmudique, bien qu'il rappelle encore souvent par son côté formel, l'idée d'une acquisition, n'est plus, quant au fond, un contrat de vente.

(13) *Billauer, Holdheim, Duschak.*

(14) *Billauer, op. cit.*, p. 44.

(15) *Kid.*, 7 a.

(16) *M. Baba Kama*, IV, 5.

(17) *Frankel, Lichtschein, Neubauer.*

b) *Les fiançailles par « Schetar ».*

Dans ce mode de fiançailles, l'argent ou l'objet de valeur est remplacé par un instrument, écrit sur parchemin ou même sur un tesson, et contenant la formule de mariage déjà mentionnée. Les fiançailles ne deviennent parfaites que par la remise de l'écrit (*traditio cartæ*) (18).

La remise de l'écrit par l'homme et son acceptation par la femme ou par son père ne suffit toutefois pas; il faut que l'homme prononce oralement et dans une langue connue de la femme, la formule qu'il écrit dans l'acte (19).

Dans ce mode de conclusion des fiançailles, les partisans de la thèse du mariage par achat ne voient qu'une application d'un mode général d'acquisition (20). On épousait une femme au moyen d'un instrument écrit de même qu'on pouvait, même sans paiement d'argent, acquérir un esclave, un immeuble (21); il n'y aurait là aucune forme particulière aux fiançailles.

A l'origine l'acte des fiançailles ne contenait que la courte formule du mariage : « Sois consacrée pour moi, sois ma femme ». Les noms des parties n'étaient pas mentionnés, les signatures des témoins n'étaient pas requises. Mais avec le temps on prit l'habitude de fixer dans ce document les diverses stipulations des parties, leurs conventions matrimoniales, en particulier, le montant du douaire de la femme, l'énumération et l'évaluation de ses biens propres et de ses biens dotaux. A mesure qu'augmentait ainsi l'importance de cet acte, qui se transformait peu à peu en un véritable contrat de mariage, la nécessité s'imposait de lui conférer une valeur

(18) *Tos. Kid.* 1, 2.

(19) *Kid.*, 6 b.

(20) *Billauer* p. 40.

(21) Du moins au temps de la *Mischma*, *Kid.*, 26 a.

probatoire plus grande. On exigea la signature du fiancé, celles des témoins. Plus tard, lorsque le centre de gravité du mariage s'étant reporté sur l'acte des nissouin, on prit l'habitude de rédiger la Ketouba, contrat de mariage, avant la noce; seulement, l'acte des fiançailles perdit de nouveau son importance et tomba en désuétude. De sorte qu'à l'époque des Amoraïm on ne se fiançait plus qu'au moyen d'argent (22).

c) *Les fiançailles par Bia (copula carnalis).*

Il serait intéressant de rapprocher ce dernier mode de fiançailles d'un mode d'acquisition d'esclaves ou d'immeubles. Les textes de la Mischna (23) qui l'énoncent ne manquent pas d'analogie avec celui qui formule les trois manières dont on épouse une femme.

« On fait l'acquisition d'un esclave païen (ou d'un immeuble) par l'argent, par l'acte écrit ou par la « Hazaka » (usucapion, prise de possession, prescription). L'analogie entre la « bia » et la « hazaka » est frappante; on épouse une femme par la cohabitation, de même qu'on acquiert un esclave, un immeuble, par la prise de possession, la hazaka.

Quoique la bia soit placée à côté du Kesseph et du Sche-tar, ce mode plutôt primitif de conclure un mariage, était depuis longtemps moralement réprouvé. Rab punissait de la peine du fouet celui qui épousait une femme par la cohabitation (24).

Abstraction faite de sa valeur morale et de la question de savoir s'il était en fait pratiqué ou non, ce mode de fian-

(22) *Yeb.*, 31 b.

(23) *M. Kid.*, I, 3 ; I, 5.

(24) *Kid.*, 12 b.

çailles se conçoit difficilement à l'époque où la noce est séparée des fiançailles par un délai de 12 mois. Il est en effet contraire au bon sens de voir dans la cohabitation un acte de nature à valider les fiançailles, alors qu'elle est interdite aux fiancés.

Selon Neubauer (25), la conclusion des fiançailles au moyen de la cohabitation n'est qu'une survivance d'une époque très ancienne, où le mariage se formait par un procédé unique qui consistait dans la *traditio puellæ* suivie de la *copula carnalis*. Lorsque ce procédé eut disparu et qu'il fut remplacé par un mariage se formant par deux actes distincts, les Kidouschin et les Nissouin, on prit l'usage de parler des fiançailles conclues au moyen de la *bia*. Mais on chercherait vainement un acte qui suivrait celle-ci pour transformer le lien créé par les fiançailles en un lien de mariage. Quelle formalité postérieure à la cohabitation aurait une valeur symbolique supérieure à celle-ci pour inaugurer la communauté conjugale que crée le mariage. L'auteur conclut donc, que, même à l'époque talmudique (et dans la mesure où l'on peut supposer qu'on recourait à ce mode de valider les fiançailles), la *copula carnalis* consommait à la fois les effets des fiançailles et ceux de la noce et qu'aucune formalité ultérieure n'était requise pour compléter la formation du mariage.

En dehors de la remise d'argent ou d'acte écrit, qui était nécessaire pour la formation des fiançailles, la loi talmudique subordonne la validité de celles-ci à la présence de deux témoins (26).

Les fiançailles conclues sans témoins ou en présence d'un

(25) *Op cit.*, p. 36.

(26) *Kid.* 65 a, b ; *E. H.*, XLII, 2.

seul témoin sont nulles, même si les deux parties affirment s'être fiancés.

Il est vrai que la Mischna ne mentionne pas cette condition; elle ne s'est introduite probablement que plus tard, au temps des Amoraïm.

La loi talmudique exige que les témoins des fiançailles réunissent les qualités requises en général de la part des témoins en matière de contrats. De plus, comme ce droit ne connaissait pas l'institution des registres de l'état civil, la conclusion des fiançailles ne pouvait être prouvée que par l'affirmation des témoins; dès lors, ceux-ci, pouvant être appelés à témoigner en justice, devaient réunir les qualités requises par les règles de la procédure judiciaire relatives à la preuve testimoniale.

La loi mosaïque déjà déclarait certaines personnes incapables de déposer un témoignage; la loi talmudique n'y admet que les personnes étrangères aux deux parties, du sexe masculin, majeures, saines d'esprit et d'une morale irréprochable (27).

La conclusion des fiançailles est entourée de certaines cérémonies religieuses, notamment des bénédictions qui précèdent et suivent le prononcé de la formule du mariage (28). Toutefois, l'omission de ces solennités, exigées pour imprimer un cachet religieux à la future union, n'affecte pas la validité des fiançailles.

(27) *Maim.*, *H. Edout.*, IX, XIII ; *H. Ischout*, IV, 6.

(28) *Ket.*, 7, a-b; *E. H.*, XXXIV, 1.

§ 3. — *Des fiançailles par procuration*

La présence des parties aux fiançailles n'était pas indispensable en droit hébreu.

Déjà, dans la Bible, on trouve des exemples du mariage par procuration. Abrahâm envoie son serviteur en Mésopotamie « afin d'y prendre une femme pour son fils Isaac ». (Genèse, XXIV, 4.)

La Mischna dit expressément qu'on peut épouser une femme en lui faisant donner l'acte ou l'argent par un tiers. La femme peut aussi épouser un homme par un intermédiaire qui recevra pour elle l'acte ou l'argent des fiançailles (1).

Cette coutume d'épouser une femme, que l'on ne connaît souvent même pas, par l'intermédiaire d'une tierce personne, était moralement réprouvée par les docteurs :

« R. Juda dit au nom de Rab : Il est défendu d'épouser une femme sans l'avoir vue; car il est écrit : « Tu aimeras ton prochain comme toi-même »; or, il pourrait rendre la femme malheureuse, si elle ne lui plaisait pas après le mariage. » (2)

Le Talmud discute longuement les diverses modalités de cette représentation (3); il faut en conclure que les fiançailles par procuration étaient d'un usage courant, d'autant plus que le mandat pour les conclure n'était soumis à aucune forme.

On admettait qu'une personne ayant annoncé son désir d'épouser une personne déterminée, il suffisait qu'un troisième individu obtînt le consentement de cette dernière en

(1) *M. Kid.*, II, 1; 41, a-b.

(2) *Idem.*

(3) *Kid.*, 50 a ; *E. H.*, XXXV ; *Maïm.*, H .J., III.

présence de deux témoins pour que les fiançailles soient valables (4).

Il n'est pas indispensable que le mandant indique à son représentant la personne qu'il désire épouser. Le mandat peut porter, en termes généraux, sur la conclusion d'un mariage. Par exemple, un homme désireux de se marier, mais n'ayant aucune femme en vue, investit son ami de la mission de partir en voyage pour lui trouver une femme. Si au cours de ce voyage le mandataire meurt, sans que l'on sache s'il avait accompli sa mission, le mandant est considéré comme fiancé, conformément au principe qu'en cas de doute il faut admettre l'affirmative. Il est fiancé sans pourtant connaître et sans avoir le moyen de connaître sa fiancée, car n'importe quelle femme libre a chance égale de l'être. Plus même, il est désormais défendu au mandant d'épouser toute femme ayant une proche parente non mariée (5), de crainte que cette parente ne soit précisément sa fiancée anonyme et qu'il ne se trouve être à la fois le fiancé d'une mère et de sa fille ou de deux sœurs.

Pour que les fiançailles par procuration soient valables, il faut que le mandat n'ait pas été révoqué au moment de leur conclusion; la révocation produisant d'ailleurs un effet immédiat, que le mandataire en ait eu connaissance ou non (6).

Quant à la capacité requise du représentant, la loi n'exclut que les sourds-muets et les mineurs et permet à la femme de représenter une autre femme aux fiançailles.

La formule employée dans les fiançailles ordinaires est

(4) *E. H.*, XXXIV.

(5) *E. H.*, XXXV, 11.

(6) *E. H.*, XIII, 14.

naturellement modifiée lorsqu'une des parties ne comparait pas personnellement. En supposant que la femme soit représentée, il ne suffira pas que son mandataire se borne à accepter l'argent et à écouter la formule prononcée par l'homme, il devrait y répondre. Ainsi le fiancé dira : « Que la personne X... qui t'envoie me soit consacrée ». Et le représentant répondra : « Je te l'ai consacrée ».

CHAPITRE II

NISSOUIN OU HOUPPA

Quoique les fiançailles constituent l'acte le plus important du mariage hébreu et quoique les formalités essentielles du mariage s'accomplissent au moment des fiançailles, le mariage ne devient parfait que lorsqu'une dernière cérémonie, appelée Nissouin, vient le compléter et conférer aux fiancés le titre d'époux, en même temps que tous les droits et devoirs réciproques résultant du mariage.

Les nissouin, qui constituent la cérémonie nuptiale, ne suivaient pas immédiatement les fiançailles. L'usage s'était établi de ne célébrer le mariage qu'une année après les kidouschin. Cet intervalle, explique-t-on, était nécessaire à la confection du trousseau de la fiancée et à tous les préparatifs pour la célébration de la noce (1). Le délai de 12 mois n'était d'ailleurs applicable qu'au mariage d'une vierge; une veuve pouvait célébrer son mariage 30 jours après ses fiançailles.

Pendant l'année ou le mois des fiançailles, la fiancée vivait dans la maison paternelle et toute relation intime avec son fiancé lui était strictement défendue (2).

Pour les effets de l'acte de nissouin sur la personne et la

(1) *M. Ket.*, V, 2 ; *Ket.*, 57 b.

(2) *E. H.*, LV, 1 ; *Maim. H. J.*, X, 1.

fortune des époux, nous renvoyons au chapitre des fiançailles.

Le mot « nissouin » (du verbe « nasso » — prendre) signifie littéralement « prise », et évoque bien cette idée que l'homme prend la femme.

La cérémonie désignée par nissouin est, à quelques détails près, la *deductio in domum mariti* du droit romain.

Au jour fixé pour la célébration du mariage, la fiancée, les cheveux épars et le visage couvert d'un voile, est conduite par ses parents et ses compagnes de la maison paternelle dans celle de son fiancé. Cette cérémonie s'accompagnait d'ordinaire de musique, de chants et de danses, et était suivie d'un repas de noces au cours duquel il était d'usage de célébrer la beauté et les mérites de la jeune épouse (3). Le festin, ainsi commencé, se prolongeait ensuite durant sept jours dans le domicile conjugal des nouveaux époux (4). Après le repas de noces, les jeunes mariés étaient conduits dans la chambre nuptiale où ils devaient rester seuls. Ils y étaient conduits par deux hommes, nommés « Schouschbinin », qui devaient veiller dans certaines régions toute la nuit, afin de prévenir tout conflit relatif à l'*accusatio non virginitatis* (5).

Le mot « houppa » désigne la chambre nuptiale ou la tente érigée pour la consommation du mariage et dans laquelle les nouveaux époux passaient les sept premiers jours de leur union conjugale. C'est dans ce sens qu'il est employé dans la Bible (6) et dans la littérature talmudique (7).

Ainsi le deuxième acte de la formation du mariage, les

(3) *Ket.* 16 b.

(4) *Ket.*, 7 b.

(5) *Ket.*, 12 a.

(6) *Joël*, II, 16.

(7) *Sota*, 49 b.

« Nissouin », consistait en une double formalité : la *traditio puellæ* et la *copula carnalis* qui la suivait. Cette dernière était probablement à l'origine le fait essentiel dans la formation du mariage et marquait le début de la communauté conjugale. Mais, avec le temps, l'importance attachée à la consommation du mariage s'est reportée sur la houppa ou plutôt sur l'entrée dans la houppa. Dès qu'ils entraient dans la tente ou la chambre nuptiale, les fiancés étaient considérés comme mari et femme, quoiqu'ils n'aient pas encore consommé le mariage. Au moyen-âge les kidouschin et les nissouin se faisaient en même temps, la conclusion du mariage prend un caractère public et solennel; l'usage de conduire les jeunes époux dans la chambre nuptiale disparaît, la chambre nuptiale est remplacée par le baldaquin nuptial, sorte de dais, sous lequel se placent les futurs époux pour entendre les bénédictions nuptiales, et qui porte actuellement le nom de houppa.

La cérémonie religieuse des nissouin consiste, comme dans les kidouschin, dans les bénédictions appelées « Bir-khot nissouin », pour la récitation desquelles la présence de dix personnes au moins est requise (8) (cela afin d'accroître la solennité de l'acte et pour lui conférer une certaine publicité). L'assistance d'un ministre du culte n'est exigée par le Talmud ni aux fiançailles ni aux nissouin; le mariage est une affaire de famille. Les bénédictions étaient récitées par le fiancé lui-même, par le père d'un des fiancés ou par tout autre assistant (9). Toute la cérémonie nuptiale a lieu dans la maison du fiancé, et non à la synagogue. De même qu'aux

(8) *Ket.*, 8 b ; *E. H.*, LXII, 1-4 .

(9) *M. Ket.*, II, 1 ; *Ket.*, 17 a, b

fiançailles l'omission de la cérémonie religieuse n'affecte pas la validité du mariage (10).

La Mischna parle des jours déterminés pour la célébration des mariages. « Une vierge se marie le mercredi et une veuve le jeudi » (11). On explique ce choix par le fait que le tribunal ne siégeait que deux fois par semaine, le lundi et le jeudi ; on célébrait donc le mariage de la vierge le mercredi, pour que le mari qui aurait été trompé sur la virginité de son épouse, pût le lendemain même porter plainte devant les juges. Mais cette raison n'existant pas pour les veuves, on pouvait choisir un autre jour. La Mischna cherche elle-même à donner le motif de cet usage établi avant son époque et qui a probablement une origine purement populaire.

Le droit matrimonial talmudique, nous l'avons déjà mentionné à une époque récente une tendance constante à diminuer les effets des *kidouschin* pour augmenter ceux des *nissouin*. Dans cette évolution, toutefois, les fiançailles n'ont jamais été réduites au rôle de simples promesses de mariage. Sur certains points, notamment, l'assimilation de la fiancée infidèle à l'adultère, les modes de dissolution, les fiançailles, le droit hébreu est resté fidèlement attaché à son ancienne conception des *kidouschin*.

Ce n'est qu'au moyen âge que s'est effectuée la fusion des *kidouschin* et des *nissouin* en un acte unique que constitue le mariage juif actuel. De cette modification on donne généralement trois raisons.

D'une part, les persécutions religieuses dont les Juifs étaient victimes au moyen âge les mettaient souvent dans l'obligation de quitter précipitamment leurs demeures pour

(10) *E. H.*, LV, 3; LXI, 1; *Maïm*, H. J., X, 6.

(11) *M. Ket.*, I, 1.

chercher abri dans d'autres villes ou pays. Les fiancés se trouvaient donc parfois séparés et la situation de la fiancée était d'autant plus grave qu'elle était tenue de rester fidèle à son fiancé et ne pouvait plus se remarier à moins d'apporter une lettre de divorce de son fiancé ou la preuve de son décès.

D'autre part, le délai de douze mois qui séparait la noce des fiançailles est apparu comme trop long et préjudiciable aux mœurs de jeunes fiancés. On préféra donc le supprimer et on finit par célébrer les kidouschin en même temps que les nissouin, en remplaçant les anciennes fiançailles par un acte nouveau, appelé « Tenaïm ». Cet acte se rattache aux « schidoukhin » du droit talmudique et qui, comme ces derniers, n'est qu'une promesse de contracter mariage dans l'avenir.

Et, enfin, les fiancés avaient tous les inconvénients du mariage sans en avoir les avantages.

CHAPITRE III

KETOUBA

La ketouba signifie, étymologiquement, « écrit, acte écrit ». Ce terme a trois sens.

D'abord il désigne l'ensemble des obligations du mari à l'égard de la femme, durant le mariage et à la cessation du mariage.

Ensuite, ce terme désigne l'ensemble des droits de la femme lors de la dissolution du mariage, soit par décès, soit par répudiation.

Et, enfin, la ketouba signifie douaire.

La période talmudique connaissait en dehors de la ketouba d'autres instruments écrits employés dans la conclusion du mariage, tels les: Schetar-Kiddouschin, Schetar-Nissouin, Schetar-Ketouba. Mais la Ketouba les dépasse tous en importance.

Pour justifier la place de ce chapitre dans notre exposé, nous devons d'abord mettre en évidence le lien étroit qui unissait la Ketouba à la conclusion même du mariage.

La Ketouba n'était pas, comme l'est de nos jours le contrat de mariage, un acte facultatif. C'était, du moins à l'origine, une condition de validité du mariage même et c'est à ce titre qu'elle doit figurer dans cette étude sur la formation du mariage.

Cette dépendance de la validité du mariage de l'existence de la Ketouba a été récemment soutenue par Epstein (1) qui ne manque pas de citer des preuves à l'appui de sa thèse.

Ainsi, Rab, amora du début du III^e siècle, est le premier à parler d'un « endroit où la rédaction de la Ketouba n'est pas en vogue » (2).

R. Meïr, qui le précède de deux générations, cherchant à lutter contre une tendance de se marier sans dresser de Ketouba, tendance due probablement aux persécutions de l'époque d'Hadrien, déclare : « Il est défendu à tout homme de vivre avec sa femme sans Ketouba, ne fût-ce que pendant une heure » (3). « Si la Ketouba se perd ou périt au cours du mariage, il faut en confectionner une nouvelle » dit un autre docteur (4).

« Une épouse légitime a une Ketouba, une concubine n'en a pas (5). »

Dans la Hagada, on trouve aussi des paraboles reflétant une tendance à considérer le mariage sans Ketouba comme une union illégitime.

Ainsi, selon Epstein, l'ancienne Ketouba était nécessaire pour légaliser le mariage (6). Quant à son développement ultérieur et à la diminution de son importance, l'auteur les rattache à l'histoire de la formation du mariage en faisant coïncider les transformations survenues dans ces deux domaines.

Lorsque l'usage s'était établi de célébrer le mariage une

(1) *Jewish marriage contract*, p. 11.

(2) *Ket.*, 89 a.

(3) *Baba Kama*, 98 a.

(4) *Ket.*, 57 a.

(5) *Sanhédrin*, 21 a ; *T. de Jér. Ket.*, 29 d.

(6) *Contra* : Neubauer.

année après les fiançailles, l'importance de ces dernières allait en diminuant, et le mariage ne produisant d'effets d'ordre patrimonial qu'à partir de l'acte des nissouin, l'unique clause de la Ketouba (7), qui fut effective au moment des fiançailles était la formule du mariage (« sois ma femme... »), ses autres clauses ne produisant pas d'effets immédiats.

« Ceci a conduit à des fiançailles, c'est-à-dire à la conclusion d'un mariage légitime, dans lequel la Ketouba n'avait aucune valeur légale. Dès lors on prit l'usage de la rédiger au moment des nissouin seulement et on remplaça la Ketouba anciennement rédigée au moment des fiançailles, par une sorte de Ketouba abrégée, qui ne contenait que la formule du mariage et qui était précisément le « Schetar-Kidouschin ». La Ketouba, désormais rédigée au moment des nissouin, ne jouant plus aucun rôle dans la formation même du mariage, n'affectait plus la validité de celui-ci en est demeurée uniquement un memorandum d'obligations assumées par le mari envers sa femme (8). »

Sur la date d'introduction de l'usage de la Ketouba, les auteurs récents et les docteurs (9) talmudiques eux-mêmes ne sont pas d'accord. Les uns attribuent à la Ketouba une origine biblique, les autres y voient une institution rabbinique. On estime généralement que l'usage des écrits n'est pas d'origine juive, mais babylonienne, et on place la date d'introduction des actes écrits et de la Ketouba dans les institutions juives à l'époque où les Hébreux sont entrés en

(7) La Ketouba était rédigée au début, ou moment des fiançailles, *Ket.* 43 b, 53 a.

(8) *Epstein, op cit.*

(9) *Ket.*, 10 a.

contact politique et commercial avec la Babylonie, soit au ^{vi}^e siècle avant J.-C.

Le Deutéronome parle d'une déclaration écrite de divorce (Chap. XXIV, 1, 3). Jérémie mentionne un acte écrit à propos de la vente d'un champ (Chap. XXXII, 8-10, 12).

Les traces les plus anciennes de la Ketouba se trouvent dans le livre de Tobie, dont la date n'est pas certaine (10) et dans un groupe de papyri découverts à Assouan et à Elephantine et dont le papyrus G relate la Ketouba d'un mariage ayant eu lieu vers 420 av. J.-C. (11).

§ 1. *Forme et contenu de la Ketouba*

De nos jours généralement les actes sous seing privé sont soumis à la règle des doubles ; ce n'est point le cas du contrat de mariage juif. Une seule Ketouba est écrite. Elle est rédigée, soit par le fiancé lui-même, soit par son mandataire. Elle pouvait être écrite en n'importe quelle langue (12) ; en fait, elle l'était presque toujours en araméen, probablement à cause du caractère international qu'avait cette langue à l'époque où les Juifs adoptèrent les actes écrits.

La loi exigeait la mention de la date sur la Ketouba car toute opération immobilière du mari étant primée par l'hypothèque dont est pourvue la Ketouba, il importait de pouvoir établir l'antériorité de celle-ci par rapport à celle-là (13). La loi talmudique déclare nul et de nulle valeur tout

(10) D'après la majorité des auteurs, il daterait du ⁱⁱ^e siècle avant J.-C.

(11) *Assuan Papyri*, Ed. Sayce and Cowley, London, 1906.

(12) *Ghittin*, 10 b, 87 b.

(13) *M. Ket.*, VIII, 5.

acte antédotal (14). Après la date, mention est faite du lieu et des noms des parties, des futurs époux et de leurs parents (15).

Les diverses clauses de la Ketouba sont suivies d'un résumé de son contenu et des signatures des témoins apposées immédiatement après le texte (16). Ces deux dernières dispositions, imaginées par les Tannaïm, étaient destinées à rendre impossible toute addition ou suppression dans le texte.

N'ayant l'intention de traiter ni les effets du mariage, ni le régime matrimonial des époux, il nous suffit d'énumérer les diverses clauses de la Ketouba, sans les commenter. Nous parlerons cependant de la clause du douaire en tant que celui-ci se rattache au prix anciennement payé par le fiancé pour la femme.

1° La formule du mariage. C'est la formule légale prononcée par l'homme au moment des Kidouschin ; elle existait avant que l'usage de la Ketouba et d'autres écrits furent introduits chez les Hébreux et même après on continua de la prononcer oralement. Nous en avons parlé dans le chapitre des fiançailles.

2° La promesse du mari de payer Mohar et Mattan (douaire et supplément de douaire).

3° La promesse du mari d'honorer sa femme, de la nourrir, de la vêtir, de payer ses médicaments en cas de maladie, de payer sa rançon, si elle tombe en captivité, de payer ses funérailles (*M. Ket.*, 46 b, 51 a).

(14) *Schebiyit*, X, 5.

(15) Les noms de famille n'étaient pas en usage chez les anciens Israélites ; pour éviter des confusions on ajoutait au prénom d'une partie le nom de son père.

(16) *Baba Batra* 165 b.; *Ghittin* 11 a.

4° La promesse de remplir le devoir conjugal n'est pas mentionnée explicitement dans la Ketouba talmudique. Ce n'est que plus tard qu'on prit l'usage de l'insérer dans cet acte.

5° Enumération et évaluation de la dot et des apports de la femme.

6° Diverses clauses successorales, notamment : « la stipulation que les enfants mâles auront, en plus de leur part dans la succession paternelle, l'héritage exclusif du douaire de leur mère (17) ; la stipulation que les biens de la femme décédée sans postérité, feront retour à sa famille (18).

7° La stipulation du droit au profit de la veuve d'habiter le domicile conjugal et d'y être nourrie jusqu'au jour où elle réclamera son douaire ou convolera en secondes noces ; stipulation du même droit au profit des filles jusqu'à leur mariage ou jusqu'à leur majorité (19).

8° Stipulation d'une hypothèque sur tous les immeubles du mari (présents et futurs), comme garantie de tous les biens de la femme (sa dot, son douaire, son supplément de douaire).

§ 2. La clause du douaire (Mohar) (1)

« Mohar » signifie étymologiquement « prix d'achat ». C'était une somme d'argent anciennement payée au comptant par le mari au père de sa femme.

Si la Ketouba est d'origine post-biblique, le Mohar, qui

(17) Cette clause s'appelle « Ketoubat bnin dikrin », *Ket.* 52 b.

(18) *Baba Batra*, 16 b.

(19) C'est la clause « Ketoubat bnin noukban » ; *Ket.*, 52 b, 103 a.

(1) *M. Ket.*, IV, 7 ; V. 1.

en constitue une des plus importantes clauses, est aussi ancien que l'histoire juive.

Quoique le Pantateuque n'ait nulle part imposé expressément au fiancé l'obligation de payer un prix au père de la jeune fille ou à elle-même, divers passages du Pantateuque en parlent comme d'une coutume connue et généralement pratiquée.

Le Cananéen Sichem, ayant enlevé Dina, fille de Jacob, et voulant l'épouser, offre à Jacob et à ses fils « Mohar et Mattan (présents) considérables » « ... tout ce que vous me demanderez je le donnerai... donnez-moi seulement cette fille pour femme » (*Gen.*, XXXIV, 11, 12).

Le livre de l'*Exode* punit le séducteur d'une amende « équivalente au Mohar des vierges » (*Exode*, XXII, 17).

Il nous semble donc qu'on peut laisser de côté les discussions des docteurs du Talmud sur l'origine biblique ou post-biblique du Mohar et admettre avec Epstein que le Mohar, quoique connu de la Bible et pratiqué à son époque, n'était pourtant pas commandé par la loi. Il est vrai qu'il doit son caractère obligatoire, légal, à la législation rabbinique, mais il n'est certainement pas sa création, car on en trouve des traces à ces époques reculées où le commerce ne connaissait pas encore l'argent comme moyen d'échange et où, par conséquent, on « troquait » les femmes contre les objets courants.

Ainsi, le serviteur d'Abraham offre à Laban pour le compte d'Isaac « des choses précieuses » (*Gen.*, XXIV, 53) ; Jacob s'acquitte au moyen de sept années de services (*Gen.*, XXIX, 18).

Quel était le montant du Mohar à l'époque biblique ? Il faut constater que la Bible ne nous en donne pas l'indication,

au moins d'une façon directe. Mais les docteurs du Talmud sont arrivés à en déterminer la valeur par une argumentation d'analogie qui leur est familière.

L'*Exode* (2) frappe le séducteur d'une amende équivalente au Mohar des vierges, sans dire cependant quelle est la valeur de ce « Mohar des vierges ». Le *Deutéronome* punit le viol d'une amende de 50 sicles d'argent (3). Les docteurs en concluent que, la séduction méritant la même pénalité que le viol, soit une amende de 50 sicles d'argent (4), le Mohar des vierges se monte à la même somme.

Au début de la période talmudique, ce Mohar de 50 sicles fait place à un Mohar de 200 zouz, car le zouz (qui équivalait au quart du sicle) est devenu la monnaie courante à Jérusalem.

On peut se rendre compte de l'importance que cette somme présentait à l'époque en lisant dans la *Mischna* (5) qu'un individu qui possède la somme de 200 zouz n'a pas droit à la charité publique. Cette somme était donc suffisante pour pouvoir subsister ; en la possédant, on n'était pas considéré comme pauvre.

Le Mohar de 200 zouz, de même que celui de 50 sicles qu'il remplace, ne s'applique qu'aux vierges. La Bible ne parle pas d'un Mohar des veuves ou des femmes divorcées. La législation talmudique dote les non-vierges d'un Mohar qui est la moitié de celui des vierges. Ainsi, si la vierge a droit à 200 zouz, la non vierge n'a droit qu'à 100 zouz (6).

(2) Chap. XXII, 17.

(3) Chap. XXII, 29.

(4) Environ 775 francs.

(5) *M. Péa.*, VIII, 8.

(6) *T. de Jér.*, *Ket.*, 25 b.

Pourquoi cette différence ? Billauer (7) l'explique par l'infériorité de la valeur marchande de la veuve (ou de la femme divorcée) par rapport à celle de la vierge.

On peut toutefois en donner une autre raison. Si le Mohar trouvait sa raison d'être dans la nécessité d'assurer à la femme des moyens de subsister après le divorce ou le décès de son époux, il était naturel qu'on assurât à une femme qui avait déjà été mariée une somme moindre, car elle avait le Mohar de son premier mari.

Il convient de rappeler que sont considérées comme non-vierges, non seulement les veuves et les femmes divorcées, mais aussi les jeunes filles libres qui étaient tombées en captivité et les esclaves qui n'ont été libérées qu'après l'âge de trois ans (8).

Le Mohar de 200 zouz et de 100 zouz ne s'applique qu'aux Israélites ordinaires. On accorda aux vierges descendant de Cohanim (prêtres) un Mohar plus élevé, soit de 400 zouz (9). Les non vierges qui descendaient de ces familles obtinrent un Mohar double de celui des non vierges israélites. Mais cette mesure s'est tournée à leur désavantage, les hommes préférant pour la même somme de 200 zouz une vierge laïque à une non vierge fille de prêtre. On revient donc au Mohar de droit commun, celui de 100 zouz, qui s'appliquait désormais à toutes les non-vierges sans distinction.

Un Mohar plus élevé était demandé non seulement par l'aristocratie sacerdotale, mais aussi par des familles laïques éminentes, qui pouvaient aussi obtenir l'autorisation du tri-

(7) *Op. cit.*, p. 45.

(8) *Ket.*, 11 a.

(9) *M. Ket.*, I, 7.

bunal de fixer le Mohar de leurs filles au taux de 400 zouz (10).

Il va de soi que le mari peut offrir une somme supérieure au Mohar légal. Ce supplément de douaire est soumis aux mêmes règles que le Mohar légal; une différence apparaîtra cependant entre ces deux douaires à l'époque où, d'un prix payé au comptant, le Mohar devient une obligation conditionnelle à la charge du mari, une dette qui devient liquide seulement à la dissolution du mariage. Le douaire légal est dû à la femme dans toutes circonstances, même s'il n'avait pas été stipulé dans la Ketouba, même si la femme avait perdu ou égaré celle-ci. Le douaire supplémentaire, au contraire, étant conventionnel et facultatif, n'est dû à la femme qu'à condition d'avoir été expressément stipulé et il est subordonné à l'existence de la Ketouba au moment où il est réclamé.

Les époux pouvaient-ils se mettre d'accord pour un douaire inférieur? La question était très discutée par les docteurs. La solution dépend selon les Amoraim, de l'origine qu'on attribue à l'institution du Mohar. Ceux qui le considèrent d'origine biblique, n'admettent pas qu'on puisse y porter atteinte par une convention. R. Méir dit que si la Ketouba (Mohar) est diminuée de la somme fixée, l'union est un concubinage. Ceux qui rattachent le Mohar à la législation rabbinique, — et la Halakha est dans ce sens, — permettent, les uns, une réduction pure et simple; les autres exigent, au contraire, que le montant légal du Mohar soit porté dans la Ketouba en entier et que la partie réduite soit

(10) *Ket.*, 12 b.

constatée dans une quittance que la femme donnerait au mari (11).

En terminant cet aperçu sur le Mohar, nous ne pouvons omettre d'en relater brièvement l'histoire très curieuse. Cette histoire débute par un Mohar payable au comptant et se termine par le règlement de Siméon ben Schetah (I^{er} siècle av. J.-C.) qui en fit un véritable douaire, une valeur que le mari doit payer non plus au moment de la conclusion du mariage, mais à sa dissolution.

Les diverses phases de cette histoire qu'Epstein place toutes déjà à l'époque où l'usage du contrat écrit est répandu, ont été reconstituées par cet auteur avec beaucoup de clarté et de critique historique. Nous nous contenterons de reproduire son récit: (12)

« Au début, le paiement de 200 zouz constaté dans la Ketouba, était un paiement au comptant fait au beau-père, lequel le gardait en propriété. C'était là un fardeau qui rendait aux jeunes gens le mariage difficile. L'adoucissement apporté à la situation des jeunes gens consistait en ce que le père ne devait plus détenir l'argent que comme dépositaire pour le compte de sa fille. Cela présentait un grand intérêt pour le fiancé de savoir que l'argent qu'il payait devenait la propriété de sa femme, au lieu d'aller à son beau-père. Il savait que finalement l'argent ferait retour, à lui ou à ses enfants, par la voie successorale. Toutefois, la réforme n'a pas complètement remédié à la situation. Après tout, le jeune homme devait débours^{er} ses 200 zouz. On fit un pas de plus et on décida que le mari lui-même serait le

(11) *Ket.*, 54 b ; 56 a-b.

(12) EPSTEIN, *op. cit.*, p. 23.

dépositaire de l'argent pour le compte de sa femme. Cependant cette situation qui obligeait le mari à conserver et à tenir improductive une somme de 200 zouz, en sa qualité de dépositaire de l'argent de sa femme, ne pouvait se prolonger. Elle dut céder à une nouvelle étape, dans laquelle on permit au mari d'employer l'argent en achat des articles de ménage, ceux-ci devant rester intacts comme représentant la valeur de 200 zouz de la femme. Mais tout compte fait, cela signifiait encore que le jeune homme devait être en possession de 200 zouz s'il entendait se marier, et qu'après le mariage, il devait les dépenser en objets de ménage coûteux, alors qu'il aurait besoin d'objets plus nécessaires. Alors vint le règlement de Siméon ben Schetah, lequel décida que la femme prêterait l'argent à son mari afin qu'il l'employât dans ses affaires, et que, par contre, tout le patrimoine du mari répondît du paiement de cette dette. En d'autres termes, le Mohar n'est plus payé, mais promis et cette promesse est garantie par une hypothèque inscrite dans la Ketouba. »

Epstein retrace les diverses étapes des modifications qu'a subies l'institution du Mohar, sous leur aspect purement économique. Envisagée ainsi, la raison de ces changements successifs résiderait dans le souci de rendre le mariage plus facile pour les jeunes gens. Cette explication trouve un appui dans le passage suivant du Talmud babylonien: (13)

Rab Juda dit: « Autrefois ils écrivaient (14) 200 zouz pour une vierge et 100 zouz pour une veuve, mais ils vieil-

(13) *Ket.*, 82 b.

(14) Le mot « écrivaient » présente des difficultés. Il faut ou bien lire à sa place « donnaient » ou bien l'entendre dans le sens de constater par écrit un paiement au comptant fait antérieurement.

lissaient et n'épousaient pas de femmes. » Ce qui veut dire qu'une dépense de 200 ou 100 zouz était si lourde qu'elle écartait les gens du mariage.

La raison explicite donnée par les textes (15) mêmes est différente. Ce n'est pas la préoccupation de rendre plus facile le mariage, mais celle de rendre plus difficile le divorce. Et voici comment s'expliquent les mêmes étapes, envisagées sous cet aspect nouveau.

Il est évident qu'à l'époque où le Mohar était payé au comptant au beau-père et conservé par lui en propriété, le mari n'avait rien à perdre en répudiant sa femme. Mais quand le Mohar était devenu la propriété de la femme elle-même, son père ne le détenant qu'en qualité de dépositaire, il était plus difficile au mari de divorcer, puisque en le faisant il perdait tout espoir de rentrer un jour dans ses fonds. *A fortiori*, le mari réfléchirait-il avant de divorcer lorsqu'il est devenu lui-même ce dépositaire. Finalement, dans la dernière étape, après le règlement de Siméon ben Schetah, le divorce signifie pour le mari le paiement réel et actuel d'une somme de 200 zouz, que sans divorce il n'aurait peut-être eu jamais à payer. « Avec cette dernière étape, le Mohar devient pour le mari une pénalité de divorce » (16), une dette conditionnelle à la charge du mari. L'ancien prix de mariage est remplacé, dans sa fonction originale, par le « Kesseph Kidouschin », la « perouta », une petite pièce de monnaie que l'homme donne à la femme au moment des fiançailles. La perouta elle-même a fait place, au cours de l'histoire à l'anneau nuptial qui se trouve ainsi être le dernier chaînon dans l'évolution de l'ancien mohar.

(15) *Tos. Ket.* XII, 1 ; *T. de Jér. Ket.*, 23 b-c.

(16) EPSTEIN *op.*, *cit.* p. 24.

En plus de la préoccupation de mettre obstacle au divorce, trop facile dans la législation hébraïque, se trouve exprimé dans le Talmud (17) le souci d'assurer la subsistance de la femme après la dissolution de son mariage. Dans cette fonction le Mohar peut être comparé au douaire de l'ancien droit coutumier français, avec ces différences, toutefois, qu'il est assuré à la femme divorcée aussi bien qu'à la veuve, qu'il est fixe et invariable, au moins dans son minimum (car le mari peut y ajouter), et qu'il varie dans son montant suivant que la femme est mariée en premières noces ou avait déjà été mariée.

Lorsque le Mohar était payable au comptant, la femme (ou son père) en devenait immédiatement propriétaire. Avec le Mohar du I^{er} siècle, simple promesse de payer, la femme n'est plus qu'une créancière; créancière hypothécaire, il est vrai, mais aussi créancière éventuelle. Son droit au douaire, en effet, ne prend naissance que si le mariage est dissous par le divorce ou par le décès du mari. Si la femme décède avant son mari, celui-ci conserve le Mohar.

Cependant, même en ce qui concerne le divorce, une distinction doit être faite. La femme ne peut pas répudier son mari, mais elle peut exiger qu'il la répudie; si sa demande en divorce est motivée par des causes graves, elle conserve son droit au douaire; au cas contraire, elle le perd. Si c'est le mari qui répudie sa femme, pour des causes imputables à elle, elle perd également son douaire (18).

Lorsque le mariage est dissous par le divorce, la femme réclame son douaire au mari lui-même, s'il est dissous par

(17) *Ket.*, 84 a ; 97 b. ; *Ghittin*, 49 b.

(18) *M. Ket.*, VII, 3.

le décès du mari, ses héritiers sont tenus de payer le douaire à la veuve.

La veuve qui normalement a droit de réclamer des aliments aux héritiers de son mari, perd ce droit dès qu'elle leur réclame son douaire (19). Mais aussi longtemps qu'elle ne le réclame pas, elle peut rester dans la maison de son mari et y être nourrie. Ainsi il ne dépendait que d'elle de mettre fin à l'obligation alimentaire des héritiers. C'était la coutume des habitants de Jérusalem et de la Galilée. Par contre, en Judée, les héritiers pouvaient se décharger de leur obligation alimentaire envers la veuve en lui versant son douaire (20).

La veuve perd aussi son droit aux aliments lorsqu'elle vend ou donne en gage son douaire (21).

La créance du douaire est pourvue d'une hypothèque légale frappant toute la fortune immobilière du mari (22). Mais pour être payée par préférence aux autres créanciers du mari, la femme doit être en possession d'une Ketouba antérieure en date aux autres dettes du mari. Pour cette raison la Ketouba doit être datée.

Si le mari défunt avait plusieurs femmes, toutes les veuves ne sont pas placées sur le même rang. La Ketouba la plus ancienne en date prime les autres (23).

Sur la fortune mobilière du mari, la femme est toujours primée par les créanciers du mari. C'est ainsi que le Talmud

(19) *Ket.*, 113 a.

(20) *M. Ket.*, VII, 7, 54 a.

(21) *Ket.*, 54 a.

(22) *M. Ket.*, VIII, 5 ; *M. Ket.*, IV, 7.

(23) *Ket.*, 93 a-b.

concilie les droits de la femme avec les nécessités de crédit du mari.

Les changements qui se sont produits dans l'importance respective des Kidouschin et des Nissouin n'ont pas été sans exercer une influence sur l'institution du Mohar. Celui-ci était à l'origine payé au moment des fiançailles; quant au lieu du paiement, le mari l'inscrit dans la Ketouba; c'est toujours une obligation puisant sa source dans les fiançailles. Mais lorsque l'usage s'est introduit de rédiger la Ketouba au moment des nissouin seulement, les docteurs ont senti que l'obligation de payer le Mohar ne devait plus prendre naissance qu'à ce moment. Par conséquent, si le mari décède dans l'intervalle, le Mohar ne serait pas dû à la femme. La question était discutée; la Halakha finale paraît être dans ce sens.

Vu: le Doyen

E. ALLIX.

Vu: le Président de la thèse

LE BRAS.

Vu et permis d'imprimer:

Le Recteur de l'Académie de Paris

S. CHARLETY.

TABLE ALPHABETIQUE DES TERMES TECHNIQUES

Amora, au pluriel *Amoraim* — docteurs postérieurs à la rédaction de la *Mischna* qu'ils expliquaient. Ils ont vécu du III^e siècle jusqu'au VI^e siècle après J.-C.

Aroussa — la femme fiancée.

Beraïta — recueil des sentences des docteurs prédécesseurs ou contemporains du rédacteur de la *Mischna*, qui ont été exclues de cette compilation par son rédacteur R. Juda le Saint, mais recueillies par d'autres rédacteurs.

Bia — la cohabitation, *copula carnalis*. C'est un mode de conclusion des fiançailles.

Bogheret — la jeune fille complètement majeure.

Eroussin — synonyme de *Kidouschin*, fiançailles.

Ghemara — l'ensemble de commentaires et de sentences élaborés par les *Amoraim* après la rédaction de la *Mischna*, et qui entourent celle-ci comme un glossaire.

Gher toschab — païen domicilié en Palestine.

Ghet — lettre, déclaration de divorce.

Halakha — loi établie, pratique ou opinion générale ou traditionnelle. Dans un sens plus large ce mot désigne la partie législative, juridique du *Talmud*.

Halal — enfant issu d'un mariage prohibé aux prêtres seulement.

Hazaka — prescription, prise de possession. C'est un mode d'acquisition des esclaves et des biens.

Houppa — tente, chambre nuptiale, plus tard dais, baldaquin nuptial.

Kidouschin — fiançailles ou mariage par opposition à la noce appelée *Nissouin*.

Kesseph — argent; c'est un mode de conclusion des fiançailles.

Ketana — la jeune fille mineure.

Ketouba — l'acte qui renferme les obligations assumées par le mari envers sa femme. Dans un sens plus restreint, ce mot désigne chacune des clauses de cet acte.

Mamzer — enfant adultérin ou incestueux.

Mioun — déclaration solennelle de refus que doit faire la jeune fille, qui avait été mariée pendant sa minorité par sa mère ou ses frères, afin de casser son mariage.

Mischna — recueil de lois traditionnelles, de commentaires sur la Bible et de prescriptions nouvelles édictées par les docteurs de la loi.

Mohar — prix d'achat, plus tard douaire.

Naara — jeune fille arrivée à la première majorité fixée à l'âge de 12 ans.

Nassi — prince, président du Tribunal suprême.

Nissouin — noce, célébration du mariage. L'acte qui consacre définitivement le mariage.

Passoul — enfant issu d'un mariage prohibé, il est moins rigoureusement traité que le Mamzer.

Perouta — la plus petite monnaie de cuivre.

Schetar — acte, document écrit; c'est un mode de conclusion des fiançailles.

Sota — femme soupçonnée d'adultère.

Talmud — l'ensemble de la Mischna et de la Ghemara.

Tana, au pluriel *Tanaïm*, — docteurs qui étaient antérieurs ou contemporains du rédacteur de la Mischna. Ils ont vécu du 1^{er} siècle av. J.-C. jusqu'au III^e siècle après J.-C.

Terouma — contribution en nature accordée aux prêtres et que personne en dehors des membres de leurs familles ne devait manger.

Tossephtha — synonyme de Beraïta.

Yabam — léviri, frère du défunt tenu d'épouser la veuve de ce dernier.

Yebama — veuve soumise au lévirat.

Yiboum — le mariage du lévirat.

Zouz — synonyme de denar; monnaie qui était en cours en Palestine.

ABRÉVIATIONS DES REFERENCES

Bibliques :

Deut. XXIII, 6 — Deutéronome, chapitre XXIII, verset 6.

Ex. — Exode.

Gen. — Genèse.

Lév. — Lévitique.

Nom. — Nombres.

Talmudiques :

M. Ghit. IV, 2 — Traité Ghittin, chapitre IV, mischna 2.

Ghit. 34, a (b) — Traité Ghittin, page 34 recto (verso).

Ket. — Traité Ketoubot.

Kid. — Traité Kidouschin.

Yeb. — Traité Yebamot.

Post-talmudiques :

E. H. — Eben Haèzer.

Maïm. H. I. — Maïmonide, Hilkhoh Ischout.

BIBLIOGRAPHIE

- BERGEL (Joseph). — *Die Eheverhältnisse der alten Juden im Vergleich mit den griechischen und römischen*, Leipzig, 1881.
- BIALOBLOCKI (Samuel). — *Materialien zum islamischen und jüdischen Eherecht.*, Giessen, 1928.
- BILLAUER (A.). — *Grundzüge des babylonisch-talmudischen Eherechts.* Berlin, 1910.
- BUCHHOLZ (P.). — *Die Familie in rechtlicher und moralischer Beziehung nach mosaïsch-talmudischer Lehre.* Breslau, 1867.
- CAUVIÈRES (Jules). — *Le lien conjugal et le divorce, mœurs israélites et mœurs païennes.* Paris, 1890.
- COHEN (Cadmi). — *Introduction à l'histoire des institutions sociales et politiques chez les Sémites.* Paris, 1922.
- CROSS (Earle Bennet). — *The Hebrew family*, Chicago, 1927.
- DUSCHAK (Moritz). — *Mosaïsch-talmudisches Eherecht.* Vienne, 1864.
- EISENSTADT. — *Repertorium Bibliographicum.*
- ENGERT (Thad.). — *Ehe-und Familienrecht der Hebräer.* Munich, 1905.
- EPSTEIN (Louis). — *The jewish marriage contract.* New-York, 1927.
- FAURE (André). — *Le mariage en Judée et en Egypte.* Paris, 1897.
- FRANKEL (Zacharias). — *Grundlinien des mosaïsch-talmudischen Eherechts.* Breslau, 1860.
- GASTER (Moses). — *The Ketouba.* Berlin, 1923.
- GAUTIER (L.). — *Introduction à l'Ancien Testament.* Lausanne, 1914.
- GOLDSCHMIDT. — *Der babylonische Talmud übersetzt.* Berlin, 1906.

- GOULAK (Ascher). — *Yessodot ha-mischpat ha-ibri*. Berlin, 1923.
- GRAETZ (H.). — *Geschichte der Juden*. Leipzig, 1866.
- HOFFMAN (D.). — *Ehe und Keuschheitsgesetze*. Berlin, 1906.
- HOLDHEIM (Samuel). — *Maamar ha-nissouim*. Berlin, 1921.
- JUSTER (Jean). — *Les Juifs dans l'empire romain*. Paris, 1914.
- LANDAU (Ezechiel). — *Das mosaisch-talmudische Eherecht*. Leipzig, 1900.
- LÉVY (Louis-Germain). — *La famille dans l'antiquité israélite*. Paris, 1905.
- LÉVY (Jacques). — *La jurisprudence du Pentateuque et du Talmud*. Constantine, 1879.
- LICHTSTEIN (Ludwig). — *Die Ehe nach mos. — talmudischer Auffassung und das mos. — talmudische Eherecht*. Leipzig, 1879.
- LODS (A.). — *Israël, des origines au milieu du 8^e siècle*. Paris, 1930.
- LOEW (Léopold). — *Eherechtliche Studien. Gesammelte Schriften* (T. 3). Szegedin, 1893.
- LUCKOCK (H.-M.). — *The history of marriage, jewish and christian, in relation to divorce and certain forbidden degrees*. London, 1895.
- MIELZINER (Moses). — *The jewish law of marriage and divorce in ancient and modern times*. Cincinnati, 1884.
— *Introduction to the Talmud*. Cincinnati, 1884.
- NEUBAUER (Jacob). — *Beiträge zur Geschichte des biblisch-talmudischen Eheschliessungsrechts*. Leipzig, 1920.
- RABBINOVICZ (J.-Michel). — *Législation civile du Talmud*. Paris, 1880.
- RAUCH (S.). — *Hebräisches Familienrecht in vorprophetischer Zeit*. Berlin, 1907.
- RENAN (Ernest). — *Histoire du peuple d'Israël*. Paris, 1894.
- SCHURER (Emil). — *Geschichte des jüdischen Volkes im Zeitalter Jesu Christi*. Leipzig, t. I, 1901; t. II et III, 1898.
- SCHWAB (Moïse). — *Le Talmud de Jérusalem traduit en français*. Paris, 1890.
- STRACK (Hermann). — *Einleitung in den Talmud*. Leipzig, 1908.
- STUBBE (Ch.). — *Die Ehe im Alten Testament*. Iéna, 1866.

- UNNA (J.). — *Marriage in Judaism*. 1927.
- VOIGTLANDER (Adolf). — *Der israelitische Levirat*. Leipzig, 1924.
- WEILL (Emmanuel). — *La femme juive. Sa condition légale d'après la Bible et le Talmud*. Paris, 1907.
- WEISS (J.-H.). — *Dor dor ve-dorschav*. Vienne, 1883.
- WERTHEIMER. — *Histoire de la formation du Talmud*. Genève, 1880.
- ZURI (J.-S.). — *Mischpat ha-Talmud*. Varsovie, 1921.

JOURNAUX ET REVUES

- BLAU (Ludwig). — *Zur Geschichte des jüdischen Eherechts, Schwartz-Festschrift*. Vienne, 1917.
- BOTTENHEIM (Paul). — *Etude sur le mariage d'après le droit hébreu*. Bulletin mensuel de la Société de législation comparée, 1911.
- BRISSAUD (J.-B.). — *Le mariage par achat*. Bulletin de l'Académie de Toulouse, 1898-1899.
- BÜCHLER (Adolf). — *La Ketouba chez les Juifs du Nord de l'Afrique*. Revue des études juives, t. 50 (1905).
- CASTELLI (D.). — *De la nullité selon le droit hébraïque, du mariage contracté entre un Juif et une femme d'une autre religion*. Journal de droit international privé, 1893.
- CRUVEILHIER (P.). — *Le droit de la femme dans la Genèse et dans le recueil des lois assyriennes*. Revue Biblique, XXXVI, 1927.
— *Le Lévirat chez les Hébreux et chez les Assyriens*. Revue Biblique, XXXIV, 1925.
- EPSTEIN (Louis-M.). — *Legal conception of marriage in ancient Israël*. Jewish Quarterly Review, XIV, 1923-1924.
- ESCHELBACHER (Max). — *Zur Geschichte des biblisch-talmudischen Eherechts*. Monatschrift für Geschichte und Wissenschaft des Judentums, LXV, 1921.
- HALÉVY (J.). — *La clôture du Talmud et les Saboraïm*. Revue des études juives, XXXIII, XXXIV (1896-1897).

HERSCHBERG (A.-S.). — *Hilkhot ha-Kidouschin ve-ha-nissouin bezman ha-Talmud*. « Heatid », 1913.

KAUSCHANSKY (David). — *Die Unterhaltungspflicht der Ehegatten nach bibl., talm. und rabbinischem Recht*. Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft, XLIV (1929).

KOHLER (Joseph). — *Die Kaufehe nach dem Mischnatractat Kiduschin*. Zeitschrift f. Vergleichende Rechtswissenschaft, XXVI (1911).

KRAUS (S.). — *Torat ha-almana be-Israël*. « Heatid », Berlin, 1921.

SCHNELLMAN (Abraham). — *Scheelat ha-ischa ve-torat ha-nissouin lephi ha-Talmud*. « Hamelitz », 1892.

TSCHERNOVITZ (Ch.). — *Das Dotalsystem nach mos. tal. Gesetzgebung*. Zeitschr. f. Vergleichende Rechtswissenschaft, XXIX (1913).

ZAÏR (Rav). — *Perakim al ha-nissouim al pi ha-Talmud*. « Hatekoupfa », Varsovie, 1921.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	3
Considérations sur le mariage aux époques biblique et talmudique....	19
FORMATION DU MARIAGE	29
PREMIERE PARTIE	
<i>Conditions de fond</i>	29
TITRE I ^{er} . — Conditions négatives ou absence d'empêchement	30
CHAPITRE I ^{er} . — Empêchements temporaires :	
1. — Mariage antérieur non dissous	31
2. — Délai de viduité	32
3. — Jours de fêtes légales	34
4. — Lévirat	35
CHAPITRE II. — Empêchements permanents:	
Section I. — Considérations d'ordre moral	45
1. — Parenté et alliance	45
2. — Divorce antérieur entre les mêmes époux	54
3. — Complicité d'adultère	55
4. — De quelques cas de suspicion	60
5. — Personnes de naissance adultérine ou incestueuse...	62
6. — Impuissance artificielle	65
Section II. — Considérations d'ordre religieux :	
1. — Mariages mixtes	67
2. — Empêchements relatifs aux prêtres	75
TITRE II. — Conditions positives :	
Section I. — Consentement	78
§ 1. — Des vices du consentement	80
§ 2. — Du consentement donné sous condition	85
§ 3. — Du consentement des parents	87
Section II. — Capacité :	
§ 1. — Différence de sexe	89
§ 2. — Puberté	89
DEUXIEME PARTIE	
<i>Conditions de forme</i>	93
CHAPITRE I ^{er} . — Kidouschin ou Eroussin (fiançailles)	96
§ 1. — L'importance des fiançailles en droit hébreux	96
§ 2. — Modes de conclusion des fiançailles	100
§ 3. — Des fiançailles par procuration	109
CHAPITRE II. — Nissouin ou Houppa (noces)	112
CHAPITRE III. — Ketouba (contrat de mariage)	117
§ 1. — Forme et contenu de la Ketouba	120
§ 2. — La clause du douaire (Mohar)	122
Table alphabétique des termes techniques	133
Abréviations des références	135
Bibliographie	136

